

UNIVERSITÉ DE PARIS --- FACULTÉ DE DROIT

Le Fonds de Commerce

DANS

Les Rapports entre Époux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Janvier 1928, à 14 heures

PAR

PIERRE VIGNANCOUR

Président : M. BARTIN, *Professeur*

Suffragants { M. PERCEROU, *Professeur*
M. RIPERT, *Professeur*

GOURNAY-EN-BRAY

IMPRIMERIE A. LETRESOR

36, Place Nationale

1928

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Fonds de Commerce

DANS

Les Rapports entre Époux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Janvier 1928, à 14 heures

PAR

PIERRE VIGNANCOUR

Président : M. BARTIN

Suffragants { M. PERCEROU
M. RIPERT



GOURNAY-EN-BRAY

IMPRIMERIE A. LETRESOR

36, Place Nationale

1928

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AVANT-PROPOS

Le fonds de commerce, c'est-à-dire l'ensemble juridique (1) destiné à l'exploitation d'un commerce et généralement composé d'éléments corporels (matériel, marchandises) et d'éléments incorporels (achalandage, clientèle, nom commercial, droit au bail, brevets, marques, etc.) n'a pas été défini par les codes qui ne contiennent à son sujet aucune disposition spéciale. Longtemps régi par la pratique, mentionné par la loi fiscale du 28 Février 1872, il a trouvé une réglementation, au moins partielle, dans la loi du 18 Mars 1909, complétant celle du 1^{er} Mars 1898.

Sous l'influence du développement économique, le fonds de commerce est devenu, au XIX^e siècle, et plus encore de nos jours, l'élément principal de la fortune mobilière, du moins si l'on fait abstraction de la masse des fonds d'état. Ayant parfois une valeur considérable, souvent exploité par de puissantes sociétés, il a pris dans les affaires une importance considérable, sans cesse grandissante, et donne lieu à de nombreux contrats qui touchent à toutes les branches du droit civil et commercial.

Mais c'est uniquement dans les rapports entre époux que nous désirons étudier le fonds de commerce. Même ainsi réduite, cette étude soulève de nombreuses questions et, parmi elles, de graves difficultés sur lesquelles la jurisprudence ne s'est pas prononcée définitivement ou paraît hésitante.

(1) Thaller et Percerou. *Traité élémentaire de Droit commercial*, 6^e éd., n^o 79 et s. — Lyon-Caen et Renault, III, n^o 241. — Colin et Capitant, I, p. 695. — Lacour et Bouteron, I, n^o 127. — Planiol, Ripert et Picard, III, n^o 109.

De plus en plus, particulièrement à Paris et dans les grands centres, les contrats de mariage contiennent des clauses relatives à l'apport par l'un des époux d'un fonds de commerce, ou prévoyant cette acquisition, ou réglementant, en cas de décès, sa transmission. Constitué par contrat anténuptial ou acquis à titre gratuit ou à titre onéreux pendant le mariage, le fonds reste-t-il la propriété de celui qui l'a apporté ou acquis ? Comment sera-t-il administré pendant l'union conjugale ? Quelles seront les règles de cette gestion ?

D'autre part, à la dissolution de l'union conjugale, le règlement des droits de chaque époux sur le fonds de commerce fait naître des situations sur lesquelles de récents débats, au prétoire et dans la doctrine, appellent particulièrement l'attention, sans que la discussion, encore ouverte, ait été épuisée.

De ces brèves observations découle le but de cette très modeste étude. Tout en rappelant succinctement les principes généraux, nous nous sommes efforcés de présenter un état complet de la jurisprudence, de réunir en un corps la doctrine éparse en des ouvrages divers, enfin de faire une œuvre pratique qui, parfois peut-être, sera utile par les renseignements qu'elle a rassemblés.

Ce travail se divise naturellement en deux parties.

La première est consacrée à l'étude du fonds de commerce pendant le mariage.

Dans un premier chapitre, sont passés successivement en revue les divers régimes matrimoniaux afin d'examiner à propos de chacun d'eux, auquel des deux époux ou de leur communauté appartiennent soit la propriété, soit la jouissance du fonds de commerce.

Un paragraphe spécial est consacré au fonds de commerce acquis en remploi. Un dernier paragraphe recherche les conséquences de la loi du 13 Juillet 1907 (sur le libre salaire de

la femme mariée), lorsqu'elle est propriétaire d'un fonds de commerce.

Dans un second chapitre est étudiée la gestion du fonds, soit lorsque le mari est commerçant, soit lorsque la femme est habilitée à faire le commerce.

Les deux chapitres suivants traitent des sociétés entre époux et des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu le fonds de commerce pendant une instance en divorce ou en séparation de corps.

La seconde partie est relative aux nombreuses questions que soulève, après dissolution du mariage, la situation du fonds de commerce dépendant de la communauté ou propre à l'un des époux.

Sept chapitres y sont consacrés, pour étudier : 1° La reprise en nature du fonds propre et le partage du fonds commun; 2° La gestion pendant l'indivision; 3° La clause dite commerciale, qui permet à l'époux survivant de conserver ou prélever le fonds commun ou propre au prix d'estimation; 4° La validité de cette clause lorsqu'il s'agit du fonds commun; 5° La question de savoir si elle est également valable lorsqu'il s'agit d'un fonds propre; 6° Les droits des réservataires; 7° L'exercice du droit de prélèvement.

Ainsi, nous espérons avoir groupé toutes les questions qui se rattachent directement à notre sujet.

Suit un index bibliographique :

AUBRY et RAU. — 5^e Ed. Cours de droit civil français.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Traité théorique et pratique de droit civil français.

COLIN et CAPITANT. — Cours de droit civil.

GUILLOUARD. — Droit civil français.

PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français.

HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général des sociétés.

LACOUR et BOUTERON. — Précis de droit commercial.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial.

THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial.

WAHL. — Droit commercial.

AMIAUD. — Traité formulaire du Notariat.

BEHIN. — De l'attribution du fonds de commerce en cas de dissolution de la communauté.

BERNARD et BONECASE. — La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 Juillet 1907.

CAPITANT. — De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce apporté par eux.

CENDRIER. — Le fonds de commerce.

NAST. — Contrat de mariage et constitution de dot (Revue critique de législation et de jurisprudence. Novembre 1924).

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue trimestrielle de droit civil.

Journal des Sociétés.

Journal du Notariat.

DALLOZ. — Jurisprudence générale.

Gazette des Tribunaux.

Gazette du Palais.

Pandectes françaises chr.

Pasicrisie belge.

SIREY. — Jurisprudence générale.

Notes nombreuses sous divers arrêts.

CHAPITRE PREMIER

De la Propriété et de la Jouissance du Fonds de Commerce

§ 1. — Sous les divers Régimes matrimoniaux

1. Le fonds de commerce est un meuble et, quoique comprenant habituellement un matériel et des marchandises, il est un meuble incorporel, car de tous les éléments qui le constituent, la clientèle et l'achalandage sont la partie essentielle sans laquelle il ne saurait exister. Les autres éléments, quelle que puisse être leur valeur vénale, ne sont juridiquement que l'accessoire de la clientèle et de l'achalandage (1).

Lorsque l'un des époux apporte en mariage un fonds de commerce ou s'il en devient ultérieurement propriétaire, soit par donation ou succession, soit par l'effet d'un contrat à titre onéreux, la question de savoir s'il reste ou non propriétaire de ce fonds et à qui en appartient la jouissance, dépend du régime adopté. Aussi, pour répondre à cette question, est-il nécessaire de passer brièvement en revue les divers régimes matrimoniaux.

(1) Civ. 17 Juin 1918, D. 1922, 1. 128, cassant un arrêt de la Cour de Bourges du 24 Février 1914, D. 1915. 2. 83.

2. COMMUNAUTÉ LÉGALE. — Si les époux sont mariés sans contrat ou s'ils ont adopté sans modification le régime de la communauté légale, le fonds de commerce apporté en dot, acquis ou advenu au cours du mariage, tombe en communauté puisqu'il est meuble (art. 1401, C. civ.) (1), et les produits de ce fonds, qu'il soit géré par le mari ou par la femme, appartiendront à la communauté.

3. Cet effet se produit même pour les fonds de commerce dont l'exploitation n'est permise qu'à des personnes munies d'un diplôme ou d'un certificat. Telles sont les pharmacies, les herboristeries.

On a soutenu, il est vrai, qu'en cas de dissolution de la communauté, l'époux qui n'était pas titulaire du diplôme ne pouvait être considéré comme co-proprétaire et, par suite, n'avait pas le droit de demander la licitation. A l'appui de cette solution, on a fait valoir qu'un fonds de pharmacie est d'une nature spéciale. La jurisprudence décide en effet que l'on ne peut être propriétaire ou même co-proprétaire d'une pharmacie si l'on ne possède pas le diplôme de pharmacien. Le droit de l'époux non diplômé, en pareil cas, porterait simplement sur la valeur vénale de l'officine, évaluée à la date de la dissolution. Ce serait une situation analogue à celle des offices ministériels, qui sont exclus de la communauté et dont la masse commune n'acquiert que la valeur vénale (2).

(1) Metz, 3 Juin 1841, Jur. gén. V^o Chose jugée, n^o 509. Douai, 1^{er} Avril 1912, D. 1913. 2. 17. et note de M. Lalou, Nancy, 6 Juin 1888, D. 89. 2. 18, Paris, 6 Décembre 1917, D. 1919. 2. 43, Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd. VIII, § 507, texte et note 16, p. 22. — Colin et Capitant, III, p. 67. — Planiol, Ripert et Nast, VIII, n^o 175. Baudry Lacantinerie. Du contrat de mariage, T. I, n^o 289, Amiaud, Traité formulaire du Notariat, 7^e éd. T V V^o Partage n^o 815.

(2) Req. 6 Janvier 1880, D. 80. 1. 361, et note M. Dutruc. — Aix, 10 Mai 1906, D. 1908. 2. 401. — Le Havre, 24 Juillet 1924, D. 1925. 2. 148. et note M. Nast-E. Perreau. Dissertation recueil Sirey, 1924. 1. 313.

Ce raisonnement ne nous paraît pas exact (1). D'abord, aucune analogie n'existe entre un office ministériel et une officine de pharmacie. Un office ministériel est hors du commerce en tant que *titre*. Le titulaire est nommé et révoqué par le chef de l'Etat, et il est inadmissible qu'à la dissolution de la communauté, son conjoint puisse demander la licitation et, par là même, entraîner virtuellement la destitution du titulaire et la nomination de son successeur. Ce qui est patrimonial dans un office, c'est la *finance*, c'est le *droit de présentation*. La communauté ne peut donc acquérir que la valeur représentative de ce droit.

Mais lorsqu'il s'agit d'une officine de pharmacie ou d'une herboristerie, il n'y a pas à distinguer entre le *titre* et la *finance*.

Un pharmacien n'est pas nommé par le chef du Gouvernement, sa profession est libre. Tout citoyen, à condition de posséder le diplôme nécessaire, peut créer ou acheter une pharmacie et la revendre à son gré, pourvu que l'acquéreur soit lui-même diplômé. Une pharmacie n'est donc pas hors du commerce.

Vainement on objecte que faire tomber en communauté une pharmacie, c'est admettre l'indivision entre le conjoint diplômé et celui qui ne l'est pas et, par suite, heurter la jurisprudence aujourd'hui établie, d'après laquelle le titulaire ou, en cas de co-propriété, les titulaires doivent nécessairement être diplômés. Cette jurisprudence doit céder devant le texte formel de l'article 1401-1° C. civ., qui fait tomber en communauté tous les meubles, pourvu qu'ils soient dans le commerce.

Il est d'ailleurs des cas dans lesquels certains principes, même découlant de la loi, se trouvent modifiés par l'application des règles du régime de la communauté. Ainsi, les salaires qui ne dépassent pas 6.000 francs sont incessibles pour neuf dixièmes. La communauté bénéficie cependant pour le tout du salaire de chaque époux. L'incessibilité ne lui est pas opposable. Ainsi

(1) Metz, 3 Juin 1841 précité, Req. 8 Nov. 1922, D. 1924. I. 186.

encore, certaines actions nominatives ne peuvent être cédées sans autorisation du conseil d'administration de la société et, cependant, tombent en communauté (1).

Les fonds de pharmacie et d'herboristerie dépendent donc de la communauté légale (2). Ils sont, à la dissolution, la propriété indivise des deux conjoints ou de leurs représentants.

La même solution doit être admise pour un cabinet vétérinaire (3).

4. Doit-on décider de même si la valeur du fonds de commerce consiste principalement dans l'activité, les connaissances spéciales, les relations de celui qui en est le titulaire ?

Ces éléments, qui ne font pas partie intégrante du fonds, ont un caractère essentiellement personnel. Ils se rattachent étroitement à ce que l'on appelle aujourd'hui les droits de la personnalité (4). La jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître qu'ils ne tombent pas en communauté.

Dépouillés des qualités personnelles du titulaire, certains fonds peuvent ne représenter aucune valeur vénale. La cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait refusé d'ordonner la licitation d'un fonds de représentation à la commission, alors que les mandats conférés au titulaire étaient temporaires, qu'il n'existait pas un roulement d'affaires permanent et que le fonds apparaissait sans valeur, au point que les héritiers n'avaient pu indiquer une mise à prix (5).

Mais c'est évidemment là une solution d'espèce. Dès l'instant où une représentation commerciale a une valeur intrin-

(1) Req. 6 Juil. 1905, D. 1906. I. 374, S. 1906. I. 289, et note Wahl-Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, n° 187.

(2) Cass. 8 Nov. 1922 (herboristerie), D. 1924. I. 186. Note de M. Nast, sous le jugement du Havre, précité.

(3) Trib. Civ. Doullens, 8 Mai 1908, D. 1910. 2. 92.

(4) Aubry, Rau et Bartin, VIII, § 507, note 18.

(5) Cass. 3 Juin 1908, S. 1909. I. 126.

sèque, indépendante de la valeur personnelle du titulaire, elle tombe dans la communauté (1).

5. Un fonds de commerce resterait propre s'il était l'accessoire d'un immeuble appartenant à l'un des époux. Tel serait le cas d'un moulin, partie intégrante mais accessoire d'un domaine, ne pouvant en être séparé, et utilisé pour moudre les grains du propriétaire et ceux apportés du voisinage, ou encore dont la chute, après transformation, servirait à fournir l'éclairage et la force électrique à la propriété elle-même et à un village voisin (2).

6. COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS. — Lorsque, par contrat, les époux réduisent aux acquêts la communauté, ils sont censés en exclure leur mobilier présent et futur (art. 1498, C. civ.), d'où la conséquence que, sous ce régime, le fonds de commerce apporté par l'un des époux lui reste propre, et que, seuls, les produits du fonds tombent en communauté. La doctrine et la jurisprudence sont constantes (3).

Il en sera ainsi même si le fonds de commerce a été évalué par le contrat de mariage. A la vérité, aux termes de l'article 1551 C. civ., « si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier. » Mais c'est là une disposition propre au régime dotal et qui ne saurait être étendue au régime de communauté, du moins d'après certains auteurs (4). Le plus

(1) Alger, 22 Octobre 1907, Loi du 13 Janvier 1908.

(2) Dalloz, suppl. du rép. V^o Contrat de mariage, n^o 197. Cendrier, le fonds de commerce, n^o 539 et s.

(3) Parmi les innombrables décisions rendues sur cette question, citons : Req. 25 Oct. 1909, D. 1910. 1. 257. Rapport de M. le conseiller Fochier et note de M. Binet.

(4) Toullier, T. 13, n^o 326. — Laurent, T. XXIII, n^o 149. — Guillouard, T. III, n^o 1474. — Grenoble, 20 Mars 1876, sous Cass. 14 Mars 1877. Pandectes, fr. chr. V. 1. 268.

souvent, d'ailleurs, l'estimation, loin de constituer un prix de vente, est faite dans un but fiscal, pour déterminer la perception des droits ou bien elle a pour objet de préciser l'étendue de la restitution, au cas où, par la faute du mari, le fonds de commerce perdrait tout ou partie de sa valeur, soit par suite du défaut d'exploitation, soit par suite d'aliénation de quelques-uns de ses éléments.

Mais, comme l'a justement décidé la cour de cassation (1), c'est là une question de fait et si, en principe, la seule évaluation ne peut transmettre la propriété à la communauté, les juges peuvent trouver dans les circonstances de la cause et les termes du contrat, la preuve que l'estimation vaut vente (2).

7. Lorsque, pendant la communauté, l'un des époux acquiert par licitation, un fonds de commerce dont il possédait déjà une part indivise, ce fonds de commerce ne forme point un conquêt (art. 1408, C. civ.). Il reste propre à cet époux, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition (3).

7 bis. Créé pendant la communauté d'acquêts par l'un des époux, le fonds de commerce tombe dans cette communauté. Il

(1) Cass. 14 Mars 1877, D. 77. I. 353.

(2) Lorsque des époux se marient sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, sans stipulation d'apport, que l'un d'eux possède, lors du mariage, un fonds de commerce et qu'en même temps, il est dit que l'époux survivant pourra conserver ce fonds, à dire d'expert, doit-on admettre que ce fonds est tombé en communauté ? Un jugement du Tribunal Civil de Lyon du 7 Juillet 1922 (Journal du Notariat, 1923, p. 507) a admis l'affirmative. D'après cette décision, la clause commerciale n'est valable que si elle s'applique à un bien commun ; et en insérant cette clause, les époux ont, par là même, manifesté leur intention de faire tomber le fonds de commerce en communauté. Cette décision a été vivement critiquée (Béhin : De l'attribution du fonds de commerce en cas de dissolution de la communauté, n° 96. — Capitain : De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce apporté par eux, p. 40). Il est inadmissible que l'époux propriétaire soit dépouillé de la propriété de son fonds par une clause dont il n'a pu apprécier la portée. D'autre part, ainsi qu'on le verra plus loin, nous admettons que la clause commerciale, même portant sur un fonds propre, est valable.

(3) Seine, 16 Mai 1887, Pandectes, 89. II. 42.

est en effet un acquêt « provenant de l'industrie » (art. 1498, § 2).

Il en est de même du fonds de commerce acquis pendant le mariage avec les deniers communs (1).

Appartiendrait également à la communauté l'indemnité qui, en cas de vente d'un fonds de commerce commun, ou même propre à l'un des époux, serait stipulée de l'acquéreur comme contre-partie de l'engagement du vendeur de ne pas se rétablir dans un commerce similaire. Cette indemnité représente, en effet, le prix de l'activité du vendeur, s'il avait continué à l'exercer dans le même commerce, et par suite un produit qui appartient à la communauté (2).

8. D'après l'ancien article 1499, c. civ., si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis n'avait pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il était réputé acquêt.

Interprétant ce texte avec une extrême rigueur, la jurisprudence admettait qu'à l'égard et au profit des créanciers, il constituait une présomption *juris et de jure*, contre laquelle aucune preuve n'était admise, si ce n'est celle résultant d'un inventaire ou d'un acte authentique. Si donc le fonds de commerce apporté en mariage par l'un des époux n'avait pas été mentionné dans le contrat ou si, advenu plus tard par succession, il n'était pas compris dans un inventaire, il était réputé, au regard des créanciers, être tombé en communauté. Si le fonds était saisi, l'époux propriétaire ne pouvait en demander la distraction, pas plus qu'il ne pouvait produire à l'ordre ou à la contribution pour en réclamer la valeur (3).

Cependant, certaines décisions, réagissant contre cette doctrine, avaient admis que la présomption de l'article 1499 ne s'appliquait pas aux fonds de commerce. Ce texte, d'après ces

(1) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 407.

(2) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 407.

(3) Req. 15 Mai 1899, D. 99. I. 397.

décisions, ne visait que les valeurs mobilières dont l'origine était difficile à constater et qui pouvaient se prêter à des fraudes (1).

Cette distinction, difficile à défendre, ne faisait que montrer l'embarras de la jurisprudence en face des conséquences excessives de son système. Une réforme était nécessaire. Elle a été réalisée par la loi du 29 Avril 1924, qui modifie l'article 1499 et s'applique même aux communautés d'acquêts antérieures à sa promulgation.

De ce nouveau texte il résulte que le mobilier présent ou futur et par suite le fonds de commerce, peut être repris, soit en nature, soit en valeur, entre les époux, et même à l'égard des tiers, s'il existe une preuve écrite, serait-elle sous seing privé. La femme peut même contre son mari, mais non contre les tiers, faire la preuve de son mobilier futur par témoins et même par commune renommée (2).

9. La communauté doit être considérée comme propriétaire des choses qui, par leur nature, sont destinées à être vendues, telles que les marchandises d'un fonds de commerce. Mais chaque époux conserve le droit de réclamer, à la dissolution, la valeur estimative (3).

10. AMEUBLISSEMENT. — Les époux peuvent ameubler tout ou partie de leurs immeubles dans des proportions égales ou inégales (art. 1505, 1506 et 1507, c. civ.).

Cet ameublement peut n'avoir lieu que pour une opération spéciale, par exemple pour les besoins d'une exploitation commerciale. En ce cas, si l'immeuble appartient à la femme, le mari

(1) Agen, 2 Juillet 1869, D. 1870. 2. 185. et 24 Mars 1902, D. 1903. 2. 433. — Aix, 24 Mai 1905, D. 1906. 2. 388. — Trib. civ. Vervins, 18 Mai 1911, Gaz. Pal. 1911. 2. 414. — Baudry Lacantinerie, II, n° 1302. — Guillouard, III, n° 1482, Lyon-Caen, note S. 1900. 1. 113. — Note de M. de Loynes, Dalloz 1908. 1. 353.

(2) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 443.

(3) Aubry, Rau et Bartin, VIII, § 522. — Guillouard, III, n° 1473. — Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 412.

ne peut l'hypothéquer (art. 1507, § 3) et les créanciers ne peuvent le saisir que pour les dettes contractées par le mari dans l'intérêt de l'entreprise, aux besoins de laquelle l'ameublement a été limité (1).

11. RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ. — Sous le régime sans communauté très rare en France, chaque époux conserve la propriété du fonds de commerce qu'il aurait apporté en mariage ou qui lui serait advenu par succession, legs ou donation, ou qu'il aurait acquis au cours du mariage.

Si, sous ce régime, la femme exerce un commerce séparé, les produits appartiennent au mari.

12. SÉPARATION DE BIENS CONTRACTUELLE. — Chaque époux conserve la propriété et la jouissance du fonds de commerce qui lui serait propre.

13. RÉGIME DOTAL. — Sous le régime dotal, il faut, pour apprécier la question de propriété, distinguer deux hypothèses.

Ou le fonds de commerce a été évalué par contrat. En ce cas, à moins de convention contraire, il est la propriété du mari puisque l'estimation vaut vente (art. 1551, c. civ.). En réalité, il n'est pas un bien dotal, il devient un propre du mari, qui peut en disposer à son gré et est seulement tenu, à la dissolution du mariage, d'en restituer la valeur estimative.

Ou le fonds de commerce n'a pas été estimé par contrat, ou encore il est stipulé que l'estimation ne vaut pas vente. En ce cas, la femme reste, en principe, propriétaire du fonds. Mais, en vertu de son droit d'administration, tel qu'il est reconnu par la jurisprudence et la majorité des auteurs, le mari, maître de la dot mobilière et même des meubles incorporels (2) peut sans le concours de sa femme, céder le fonds de commerce.

(1) Req. 9 Mars 1857, D. 59. I. 195. S. 59. I. 427. — Guillouard III, n° 1555. — Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 268 et note 3.

(2) Aubry, Rau et Bartin, T. VIII, § 535. I. — Planiol, Ripert et Nast,

Il importe, toutefois, de rappeler qu'au regard de la femme, la dot mobilière reste inaliénable, d'où il suit : 1° que ses créanciers ne peuvent la saisir ; 2° qu'elle ne peut céder son hypothèque légale en tant qu'elle garantit la restitution de cette dot, ni renoncer à cette hypothèque, ni y subroger un tiers (1).

14. Nous venons d'envisager sous le régime dotal le cas d'un commerce apporté par la femme ou advenu de son chef, mais exercé par le mari. Voyons maintenant l'hypothèse d'un commerce exploité par la femme. Elle peut se constituer en dot tous ses biens présents ou à venir, ou seulement ses biens présents.

Lorsque la constitution porte à la fois sur les biens présents et à venir, elle comprend également les produits ou bénéfices que la femme peut réaliser sur les biens ainsi acquis, du jour de leur entrée dans son patrimoine jusqu'à la dissolution du mariage. En un mot, ces produits sont dotaux.

Dès lors, les capitaux acquis par la femme dans l'exercice d'un commerce distinct de celui du mari n'appartiennent pas à ce dernier à titre de fruits, mais forment, au profit de la femme, de véritables acquêts (2).

Le mari, cependant, peut exiger le versement immédiat de ces capitaux entre ses mains, à charge par lui d'en restituer le montant après la dissolution (3).

Il semble, toutefois, que le mari ne devrait pas compte des produits journaliers qui lui auraient été abandonnés pour subvenir aux besoins du ménage (4).

(1) Cass. ch. réunies, 14 Nov. 1846, D. 47. 1. 27. S. 46. 1. 824. — Cass. 27 Avril 1880, D. 80. 1. 431, S. 80. 1. 363. — Cass. 13 Avril 1893, D. 94. 1. 407.

(2) Aubry, Rau et Bartin, VI, § 434 et note 7, Guillouard, IV, n° 1725. — Riom, 23 Mars 1881, D. 83. 2. 17. — Cass. 15 Février 1884, D. 85. 1. 325.

(3) Arrêts précités.

(4) Aubry, Rau et Bartin. Note précitée.

15. Si la constitution de dot porte seulement sur les biens présents, les capitaux acquis par la femme dans l'exercice d'un commerce séparé lui restent paraphernaux. Elle en conserve à la fois la propriété et la jouissance (1).

16. Si au régime dotal est annexé une société d'acquêts, les produits du fonds de commerce, qu'il appartienne au mari ou à la femme ou dépende de leur société d'acquêts, appartiendront à celle-ci.

17. Sous les trois régimes précédents, la preuve de l'apport du fonds de commerce pourra se faire, conformément aux règles déterminées par la loi du 29 Avril 1924.

A la vérité, le nouvel article 1599, modifié par cette loi, se trouve à la section consacrée à la communauté réduite aux acquêts, mais les nouveaux articles 560 et 563, c. com., modifiés par la même loi, visent tous les régimes et, d'autre part, cette loi consacre, en général, des principes de droit commun en matière de preuve.

18. Nous devons rappeler, enfin, que si les parties ont modifié, par des conventions spéciales, les régimes légaux, ainsi que l'article 1387 c. civ. leur en donne le droit, c'est dans leurs stipulations, pourvu qu'elles soient licites, qu'il faudrait chercher la solution de toutes difficultés que pourrait faire surgir l'interprétation de leur contrat.

(1) Voir auteur et arrêts cités à la note 1. — Contra, Demolombe, IV, nos 315 et 316. — Marcadé art. 1540 et 1541, n° 2. — Troplong, IV, 3016. — Zachariac, § 535, note 5. — D'après ces trois derniers, l'industrie de la femme formerait en soi un véritable bien, dès lors compris dans une constitution générale de dot et dont tous les produits appartiendraient au mari, sans qu'il soit tenu à restitution. Voir la réfutation de cette opinion au tome VIII de Aubry, Rau et Bartin, § 531. — D'après Demolombe, l'industrie de la femme, essentiellement attachée à sa personne constituerait un paraphernal même si la constitution de dot était générale. Voir la réfutation de cette opinion à la note 7 précitée. . . .

§ II. — De l'Acquisition du Fonds de Commerce en remploi de deniers propres

19. Le mari peut incontestablement, sous tous les régimes, remployer, en l'acquisition d'un fonds de commerce, les capitaux qui lui appartiennent, que ces capitaux proviennent de l'aliénation de valeurs mobilières à lui propres ou de l'aliénation d'un immeuble (1).

A la vérité, l'article 1433 c. civ. ne prévoit que le remploi en immeubles, car à l'époque de la promulgation du code civil, les immeubles constituaient la presque totalité des fortunes particulières. La loi a statué sur le *plerumque fit*. Elle n'a pas entendu prohiber le remploi en acquisition de meubles incorporels (2).

Mais, pour qu'il y ait remploi au sens de l'article 1434 c. civ., il ne suffirait pas que le mari eût fait l'acquisition du fonds de commerce avec des deniers propres, ni même qu'il ait déclaré que le prix lui provenait de l'aliénation de propres. Il faut qu'il soit expressément déclaré que le fonds de commerce acquis est destiné à servir de remploi d'un propre déjà aliéné ou à aliéner, et cette déclaration constitutive de remploi doit se trouver dans l'acte même d'acquisition (3).

20. Le remploi des propres de la femme est en principe facultatif pour le mari. Mais le contrat de mariage peut lui imposer ce remploi dans un délai et en des biens déterminés.

Sous les régimes autres que le régime dotal et à défaut de stipulation contraire dans le contrat de mariage, le remploi de propres mobiliers ou immobiliers appartenant à la femme, pourrait, avec le consentement de celle-ci, se faire en l'acquisition d'un fonds de commerce.

(1) Aubry, Rau et Bartin, VIII, § 537. 4°. — Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 503.

(2) Bourges, 6 Août 1854. D. Jur. Gén. V. Contrat de Mariage, n° 1481.

(3) Marseille, 1^{er} ch. 1927. — D. H. 1927, p. 565. — Et il en serait ainsi, même en cas de séparation de biens contractuelle, si d'ailleurs une société d'acquêts était adjointe à ce régime (jugement précité).

21. A côté des remplois et ayant avec eux une certaine analogie, il faut citer les dations en paiement, dans les cas prévus par les § 1 et 3 de l'article 1595 c. civ.

En cas de séparation de biens, chaque époux peut céder des biens à l'autre en paiement de ses droits.

En cas d'exclusion de communauté, la femme peut céder des biens à son mari, en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot.

Enfin, la vente d'un fonds de commerce entre époux serait permise dans l'hypothèse prévue par le § 2 de l'article précité : Celle où la cession que le mari fait à la femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté. Il faudrait d'ailleurs, d'après la jurisprudence, que le remploi fut obligatoire pour le mari.

En dehors de ces trois cas de dation en paiement ou de vente, la vente entre époux est prohibée par la loi.

§ III. — Le Fonds de Commerce sous le Régime de la Loi de 1907

22. La question de savoir auquel des deux époux ou de leur communauté appartenaient soit le fonds de commerce, soit les bénéfices réalisés par la femme commerçante, était simple dans le système du code civil, quoique la solution fut variable avec les régimes matrimoniaux.

23. Cette question est devenue complexe avec la loi du 13 Juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, dont il importe maintenant de rappeler quelques dispositions.

D'après cette loi, sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel, les mêmes droits

d'administration que l'article 1449 du code civil donne à la femme séparée de biens.

Elle peut, dès lors, si ses gains dépassent ses charges, réaliser des économies. Sur ces économies, la loi lui donne plus qu'un droit d'administration, elle peut en faire emploi en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières et aliéner, sans autorisation de son mari, les biens ainsi acquis; elle peut, toujours sans autorisation maritale, emprunter sur ces biens et les hypothéquer. Au patrimoine dont elle dispose ainsi, on a donné le nom de *biens réservés*.

Ces biens peuvent être saisis par les créanciers de la femme. Ils ne peuvent l'être par ceux du mari, à moins qu'ils ne prouvent que la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage et que les biens saisis auraient dû, d'après le régime adopté, se trouver aux mains du mari.

Enfin, le mari n'est responsable, ni sur les biens de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par sa femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article premier, mais sans autorisation maritale.

Ces dispositions se conçoivent sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal, si tous les biens sont paraphernaux. Elles peuvent encore se comprendre sous le régime sans communauté ou sous le régime dotal, quoiqu'elles aient pour résultat, dans les deux cas, de soustraire au mari l'administration des biens réservés et dans le second cas, de les soustraire à la totalité. En réalité, dans toutes ces hypothèses, il y a une séparation de biens partielle avec des pouvoirs d'aliénation plus étendus que ceux visés par l'article 1549. La femme reste, en définitive, propriétaire des économies par elle réalisées (art. 5, dernier alinéa).

Mais sous le régime de la communauté, la loi de 1907 crée une singulière anomalie. Le sort des biens réservés reste en suspens jusqu'à la dissolution.

La femme accepte-t-elle la communauté ? Les biens réservés en feront partie avec le passif qui les grève.

La femme renonce-t-elle à la communauté ? Elle reprend les biens réservés francs et quittes de toutes charges, autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage. La même faculté appartient à ses héritiers, mais seulement à ses héritiers en ligne directe.

24. Assurément sage, en tant qu'elle permettait à la femme mariée de disposer de son salaire et rendait souvent inutile pour elle le recours à la séparation de biens en cas de désordre des affaires de son mari (1), la loi de 1907 bouleversait les règles du contrat de mariage et particulièrement le régime de la communauté lorsqu'elle permettait à la femme d'acquérir des biens et lui en donnait l'administration et même la propriété définitive ou éventuelle.

Quoique cette loi put paraître grosse de complications, il faut convenir que, depuis vingt ans qu'elle existe, elle n'a guère gêné les praticiens ni encombré les prétoires de discussions à son sujet.

Les raisons peuvent en être diverses. Rarement la femme exerce une profession assez rémunératrice pour lui permettre, avec ses économies, de constituer un capital important. D'autre part, bien que l'article 4 de la loi de 1907 l'autorise, en cas de contestation, à établir, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, par tous moyens de droit et même par témoins, la consistance et la provenance des biens réservés, il semble que, pratiquement, cette preuve a toujours été assez difficile à admi-

(1) Consultez Périgieux, 12 Mars 1908, D. 1908, 5. 64. — Douai, 13 Mars 1912, D. 1913. 2. 17. et note de M. Lalou.

nistrer (1). Enfin, la loi elle-même déclare que ses dispositions ne sont pas applicables aux gains résultant du travail commun des deux époux, et cette restriction empêchera souvent la constitution de biens réservés. Il est certain également que la loi ne vise que les acquisitions faites par la femme avec des économies réalisées au cours du mariage et réalisées depuis la promulgation de la loi, qui n'a pas un effet rétroactif.

25. Dégageons de ces idées quelques applications. Une femme achète, avant son mariage, un fonds de commerce. Elle se marie plus tard sans contrat et se trouve soumise au régime de la communauté légale. Le fonds de commerce est donc tombé dans cette communauté. Mais avec l'assentiment, au moins tacite, de son mari, elle continue l'exploitation de ce fonds jusqu'au jour où le mauvais état de ses affaires l'oblige à déposer son bilan.

Il est incontestable que ce fonds de commerce ne pouvait constituer un bien réservé (2). Le patrimoine réservé ne peut être créé que pendant le mariage et avec les économies réalisées pendant le mariage. C'est ce qui résulte formellement de l'ensemble des dispositions de la loi. Les biens possédés au jour du mariage ne sont jamais des biens réservés.

26. Devenue veuve, une femme continue le commerce de bestiaux que faisait son premier mari. Elle se remarie avec un marchand exerçant le même commerce. Elle adopte le régime de la communauté réduite aux acquêts et se constitue en dot le fonds qu'elle exploitait. Mais c'est son second mari qui, désormais, exerce le commerce, qui, seul est patenté, paie et reçoit et au nom de qui sont les factures, de telle sorte qu'il n'est plus

(1) Voir en sens divers : Mantes, 29 Juil. 1910, D. 1912. 2. 65. — Limoges, 16 Déc. 1910. — Paris, 15 Mai 1912. — Douai, 1^{er} Avril 1912. — Abbeville, 21 Juin 1910, D. 1913. 2. 17. — Lannion, 8 Février 1910, D. 1910. 2. 281. et dissertation de M. Lalou. — Seine, 29 Juillet 1910, D. 1912. 2. 65. — Toulouse, 19 Décembre 1912, D. 1915. 2. 41. et dissertation de M. Lalou. — Req. 2 Février 1914, D. 1914. 1. 128. — Seine, 11 Mai 1920, 2^e espèce, D. 1921. 2. 25. — Lyon, 17 Octobre 1919. 1^{re} Espèce, 1921. 2. 25.

(2) Douai, 1^{er} Avril 1912, D. 1912. 2. 65. et note de M. Lalou.

qu'un seul commerce dans lequel, il est vrai, la femme prend une part active. Il reste, néanmoins, acquis qu'elle n'exerçait pas une profession séparée de celle de son mari et, dès lors, le commerce ne pouvait être considéré comme un bien réservé (1).

27. Enfin, une femme crée, après son mariage, un magasin de modes dans un immeuble indépendant du commerce de son mari, lui-même commerçant. Le bail de son magasin et de son atelier est en son nom; elle a une comptabilité spéciale; les fournitures qui lui sont faites sont soldées par elle. Le fonds de commerce ainsi créé par la femme, grâce à son travail, constitue un bien réservé (2).

Ou encore, après séparation de fait, une femme vient habiter Paris, auprès de ses parents et ouvre un hôtel meublé sous son nom de jeune fille. Ce commerce, auquel le mari est resté étranger, constitue encore un bien réservé (3).

28. Par ces différentes espèces, se trouve assez nettement dégagée la question de savoir comment et dans quels cas un fonds de commerce peut constituer un bien réservé. Le fonds de commerce ne peut avoir ce caractère que s'il est nettement distinct de l'exploitation du mari et si la femme rapporte la preuve précise qu'il a été créé ou acquis par elle pendant le mariage avec les produits de son travail ou avec des économies faites depuis son mariage et postérieurement à la loi de 1907.

29. Lorsqu'un fonds de commerce a le caractère de bien réservé, les revenus en appartiennent à la femme qui peut en disposer à son gré.

Mais si la femme autorisée à exercer le commerce exploite

(1) Besançon, 13 Février 1914, D. 1915. II. 41, 6^e espèce. — Consultez également Civ. 27 Janv. 1875, D. 75. I. 297.

(2) Rouen, 21 juillet 1913, D. 1915. 2. 41 (3^e espèce) et note de M. Lalou.

(3) Lyon, 17 Octobre 1919, D. 1921. 2. 25 (1^{re} espèce). Cet arrêt est cependant très critiquable, parce qu'il a admis que des économies réalisées avant la loi de 1907 pouvaient entrer dans la constitution du bien réservé : Voir note Lalou.

un fonds créé ou acquis avec des deniers communs ou avec des deniers à elle propres, ou même avec des deniers fournis par le mari, ou si encore elle continue à diriger un fonds qu'elle possédait avant son mariage, les gains réalisés par elle seront-ils en totalité sa propriété ? Ils sont, pour partie, les produits de son travail et, à ce titre, ils lui appartiennent en vertu de la loi de 1907, mais, pour partie également, ils sont les produits des capitaux engagés dans l'affaire, de l'achalandage et de la clientèle attachés au fonds. A ces divers titres, ils ne lui appartiennent pas. Si on les lui attribue, le mari se trouvera privé du revenu des capitaux engagés dans le commerce, capitaux dont il a la jouissance sous le régime sans communauté et sous le régime dotal. Il se trouvera également, sous le régime de la communauté, privé du droit de disposer de ses revenus, privé même de sa part si la femme les capitalise et renonce à la communauté pour s'en tenir aux biens qu'elle s'est ainsi créés.

C'est là, ainsi que le fait remarquer M. Lalou (1) l'une des difficultés les plus sérieuses auxquelles peut donner lieu la loi de 1907. Et, jusqu'à ce jour, aucun arrêt ne s'est prononcé sur la question.

On a soutenu qu'il y aurait lieu d'opérer une ventilation entre la valeur du travail de la femme et la juste rémunération due aux capitaux fournis par le mari ou la communauté (2). Mais l'opinion contraire paraît prévaloir en doctrine et l'on admet généralement que la totalité des bénéfices appartient à la femme sans qu'il y ait à rechercher pour quelle part ils sont le produit des capitaux engagés (3).

A l'appui de cette opinion, on invoque un passage des travaux préparatoires : « Dans les bénéfices commerciaux, a dit

(1) Note sous divers arrêts, D. 1913. 2. 17.

(2) Rev. trim. droit civil, 1910. Bernard et Bonecase.

(3) Thaller et Percerou, n° 172 bis. — Lacour et Bouteron, I, n° 117. — Margot : La femme mariée commerçante et le régime de libre salaire, p. 148 et s. Bernard et Bonecase : La femme mariée commerçante, d'après la loi du 13 juillet 1907. — Revue trimestrielle de Droit civil, 1910, p. 18.

au Sénat le rapporteur, comment faire la part du capital engagé et celle du travail ? C'est pourquoi nous mettons les gains réalisés dans l'exploitation d'un fonds industriel ou de commerce sur la même ligne que les salaires proprement dits et nous les englobons tous dans l'expression générale « produits du travail personnel », qui s'appliquera indistinctement à tout ce que la femme pourra gagner en travaillant » (1).

On ajoute que le mari ou ses créanciers ne sont pas fondés à se plaindre. C'est avec l'autorisation du premier que la femme fait le commerce. Il a donc voulu cette situation. Quant aux créanciers, le mari n'a pas à leur rendre compte de la façon dont il utilise ses capitaux. Au surplus, ceux qui ont traité pour les besoins du ménage peuvent saisir les biens réservés.

Ces raisons ne nous paraissent pas convaincantes. L'opinion du rapporteur au Sénat est en contradiction avec le texte de la loi, qui ne parle que *des produits du travail*. Or, les bénéfices réalisés dans un fonds de commerce ne sont pas seulement le produit du travail; ils sont aussi, et souvent pour une très grande part, le produit des capitaux, de l'achalandage, des brevets, des marques, etc.

D'autre part, de ce que le mari a autorisé le commerce, il ne suit pas qu'il ne doive recevoir aucune rémunération de ses capitaux.

Enfin, il est inadmissible que des créanciers, vis-à-vis desquels le mari se serait engagé, soient brusquement privés de leur gage sur les biens de leur débiteur parce que ce dernier aurait abandonné ses capitaux à sa femme pour faire le commerce. Une telle opération donnerait ouverture à l'action paulienne.

A notre avis, c'est par d'autres raisons qu'il faut justifier l'attribution à la femme de la totalité des bénéfices réalisés dans l'exploitation d'un fonds de commerce.

(1) Journal Officiel. 18 Septembre 1907.

Maître de son administration, le mari, sauf le cas de fraude, dispose de ses capitaux et de ceux de la communauté comme il gère librement les capitaux appartenant à sa femme lorsque telle est la conséquence du régime adopté. S'il fournit à un tiers ces capitaux, sans stipuler une rémunération, soit comme prêteur et sous forme d'intérêts, soit comme commanditaire, soit à tout autre titre, il est réputé les avoir avancés gratuitement. Et si le tiers bénéficiaire de ces avances gratuites les place dans le commerce ou acquiert, grâce à elles un fonds de commerce, il profite seul des gains réalisés tant par son travail que par les capitaux ainsi mis à sa disposition.

Or, il ne peut en être différemment lorsque le mari, dans les mêmes conditions, met des capitaux à la disposition de sa femme pour l'exercice d'un commerce séparé. Elle bénéficie d'une avance gratuite (1).

30. Le mari pourrait-il stipuler une rémunération en mettant les capitaux à la disposition de sa femme pour acquérir ou créer un fonds de commerce ?

On a objecté que l'on ne peut déroger à la loi de 1907, dont l'article 1^{er} déclare nulles toutes clauses contraires insérées dans le contrat de mariage. Mais il ne s'agit pas de déroger à cette loi ni de priver la femme d'une part quelconque des produits de son travail.

Si le mari, tout en consentant à l'habiliter à faire le commerce, ne pouvait lui faire les avances nécessaires, elle devrait emprunter à des tiers, souvent à des conditions onéreuses, et les intérêts qu'elle servirait viendraient en déduction de ses bénéfices qui, finalement, ne représenteraient que la valeur de son travail. Or, pourquoi cette avance avec intérêts que des tiers ont le droit de consentir avec l'autorisation du mari, ne pourrait-elle être consentie par le mari lui-même ?

(1) Consultez Lyon-Caen et Renault, I. 267.

CHAPITRE II

De la Gestion du Fonds de Commerce

I

LE MARI COMMERÇANT

31. Si le fonds de commerce dépend de la communauté même réduite aux acquêts, le mari l'administrera avec la plénitude des pouvoirs qui appartiennent, d'après l'article 1421 du code civil, au chef de la communauté.

Mais l'article 1422 prohibant toute disposition à titre gratuit de l'universalité ou d'une quote-part du mobilier et la jurisprudence annulant même les donations d'objets particuliers lorsqu'elles paraissent excessives, eu égard à la fortune du donateur, le mari ne pourrait, en général, donner un fonds de commerce commun. Outre que ce fonds constitue une quote-part nettement déterminée de l'actif de communauté, il représente habituellement une valeur importante de cet actif.

En tous cas, une donation d'un fonds de commerce commun,

faite par le mari, serait toujours nulle s'il s'était réservé l'usufruit (article 1422, § 2).

32. Si la femme est restée propriétaire du fonds de commerce, le mari en a l'administration, soit sous le régime de la communauté (art. 1428), soit sous le régime sans communauté (art. 1531), soit sous le régime dotal (art. 1549).

C'est alors le mari qui est commerçant et non la femme, quoiqu'elle soit restée propriétaire. Car on peut avoir la propriété d'un fonds de commerce, sans avoir la qualité de commerçant (1).

33. Il arrive fréquemment, surtout dans le petit et le moyen commerce, que la femme aide le mari dans les opérations journalières. Mais qu'elle détaille les marchandises, tienne la caisse ou la comptabilité, dirige et surveille le personnel ou même qu'elle signe au lieu et place de son mari, elle n'est que la préposée de ce dernier. Ses actes engagent le mari sans l'engager elle-même (2).

Aux termes, en effet, du § 2 de l'article 220, c. civ., reproduit par l'art. 5, §2, c. com., la femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé.

34. Du principe qui vient d'être énoncé, il résulte que, si le mari abandonne à la femme la gestion d'un fonds de commerce dont, légalement, il avait l'administration, il reste responsable de toutes les conséquences de cette gestion et notamment des actes dommageables qui auraient été causés par sa femme (3).

(1) Lacour et Bouteron, I, n° 135.

(2) Lacour et Bouteron, I, n° 124, Lyon-Caen et Renault, I, n° 268, Thaller et Percerou, n° 177.

(3) Paris, 6 Décembre 1917, D. 1919. 2. 43.

II

LA FEMME COMMERÇANTE

§ I. — Aptitude au Commerce

35. La femme peut exercer un commerce séparé. La loi le prévoit expressément dans les textes précédemment cités (art. 220, § 2, c. civ., et 5, § 2, c. com.).

Mais aux termes de l'article 4, c. com., elle ne peut être marchande publique sans le *consentement* de son mari.

La loi n'exige pas ici une autorisation spéciale, donnée pour chaque acte à accomplir, comme elle l'exige, en matière civile, pour tous actes autres que ceux d'administration (art. 217 et 223, c. com.). Ce formalisme aurait été incompatible avec les nécessités de la vie commerciale.

La loi n'exige pas davantage une autorisation par écrit ou résultant du concours du mari à l'acte (art. 217, c. civ.).

En se servant du terme « consentement » sans le restreindre, elle admet que ce consentement peut être donné tacitement aussi bien que par écrit. Il sera présumé par le fait seul que la femme exerce le commerce au vu et au su de son mari et sans qu'il y ait mis obstacle (1).

36. Au cas où le mari refuserait son consentement, la femme pourrait-elle s'adresser en justice ?

L'article 219, c. civ., autorise ce recours lorsque le mari refuse d'autoriser un *acte*. Mais en ce cas c'est une opération nettement déterminée qui est soumise à l'appréciation des juges

(1) Lyon-Caen et Renault, I, n° 245. — Thaller et Percerou, 6^e éd., n° 159. — Lacour et Bouteron I, n° 103. — Wahl, Boistel. — Aubry, Rau et Martin, VII, 5^e édition, § 472, p. 248.

et dont ils peuvent peser les conséquences. Autrement grave est l'autorisation d'exercer le commerce, alors qu'il s'agit d'une suite d'actes innombrables, qui peuvent être heureux ou malheureux, suivant les circonstances économiques, suivant la direction, le sens des affaires, le travail de celui qui exploite. Il y a là un aléa très lourd qu'il appartient au mari d'accepter ou de ne pas accepter, d'après sa connaissance des capacités de sa femme. Mais il serait excessif que la justice qui ne peut, en pareil cas, avoir des données sérieuses d'appréciation, puisse se substituer au mari et engager ses biens et ceux de la communauté (art. 220, c. civ.) (1).

On pourrait toutefois admettre l'autorisation de justice si les époux étaient séparés contractuellement ou judiciairement, cette autorisation ne pouvant alors réfléchir sur les biens du mari. Le jugement qui prononce la séparation de biens pourrait, en même temps, donner l'autorisation (2).

Enfin, on reconnaît, en général, et toujours dans l'hypothèse où les intérêts des deux époux sont séparés, que l'autorisation pourrait être donnée par justice si le mari était interdit judiciairement ou légalement, placé dans un établissement d'aliénés ou présumé absent (3).

37. Si le mari était mineur, il faudrait à la fois l'autorisation du mari et l'autorisation de justice (art. 224, c. civ.).

Si la femme appelée à faire le commerce était elle-même mineure, elle devrait remplir les conditions prévues par l'article 2, c. com., c'est-à-dire être âgée de dix-huit ans et être autorisée par le conseil de famille dont la délibération devrait être publiée.

(1) Lyon-Caen et Renault, I, n° 250. — Thaller et Percerou, nos 160-161. — Lacour et Bouteron.

(2) Saint-Etienne, 16 Janvier 1880, sous req., 17 Janvier 1881, D. 81. 1. 225. — Thaller et Percerou, n° 161.

(3) Lacour et Bouteron, I. 105. — Lyon-Caen et Renault, I, n° 250. — Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd. T. VII, § 472-b. — Thaller et Percerou, n° 160.

Il a été jugé que le mari, en abandonnant sa femme, l'autorisait tacitement à louer ses services pour subvenir à ses besoins (1), mais nous ne saurions admettre que cet abandon puisse autoriser la femme à entreprendre un commerce.

38. On reconnaît généralement que si le mari, après avoir donné son consentement, le retirait, la femme pourrait s'adresser à la justice pour faire apprécier les raisons de ce retrait. Si le tribunal maintenait l'autorisation de continuer le commerce, la femme devrait être considérée, dès ce moment, comme autorisée par justice, ce qui, — nous le verrons dans un instant, — présente un intérêt tout particulier au point de vue de la portée de ses engagements (2).

39. Le jugement qui prononce la séparation de corps a pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. Assimilée, au point de vue de la capacité civile, à la femme divorcée, elle peut donc exploiter un commerce sans avoir besoin d'autorisation (art. 311, c. civ.).

Mais cette disposition ne s'applique pas à la femme judiciairement séparée de biens, qui reste soumise à l'autorité maritale.

§ II. — De la Capacité de la Femme Commerçante

40. Par le fait même qu'elle a été habilitée à faire un commerce séparé, la femme mariée peut s'obliger, pour tout ce qui concerne son négoce, sans qu'elle ait besoin de l'autorisation

(1) Cass. 6 Août 1878. D. 79. I. 400.

(2) Lacour et Bouteron, I, n° 109.

de son mari pour chacun des actes qu'elle est appelée à faire en tant que commerçante (art. 220, c. civ.).

Incapable pour les actes civils (1) ou commerciaux (2) qui ne rentrent pas dans son négoce, elle jouit, au contraire, d'une capacité absolue pour tout ce qui a trait à ce négoce, sans qu'il y ait à rechercher le caractère civil (3) ou commercial des actes qu'elle fait. Dans cette mesure, elle peut librement s'engager et même hypothéquer et aliéner ses immeubles, autres, toutefois, que ses immeubles dotaux (art. 220 c. civ., art. 5 et 7 c. com.) (4).

41. Lorsque la femme a pris un engagement, aliéné ou hypothéqué l'un de ses immeubles et qu'elle conteste la validité de l'opération, doit-elle démontrer que l'acte est étranger au commerce pour lequel elle a été habilitée et que, dès lors, il est nul à défaut d'autorisation spéciale ? En un mot, la charge de la preuve lui incombe-t-elle ? Oui, incontestablement, car le code de commerce présume que les engagements contractés par un commerçant sont réputés faits par son commerce (art. 632, § 3 et 638, § 2 combinés). C'est donc à la femme à détruire cette présomption, qui n'est d'ailleurs qu'une présomption de fait et peut être combattue par tous moyens (5).

Ajoutons qu'aux termes de l'article 225, c. civ, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari ou ses héritiers. C'est une nullité relative et elle est prescriptible par dix ans (art. 1304, c. civ.).

42. Si la femme autorisée à faire un commerce séparé jouit d'une capacité étendue, elle ne peut, même dans les contes-

(1) Ainsi, pour céder une indemnité d'expropriation. — Paris, 10 Mars 1868, S. 68. 2. 114.

(2) Ainsi, pour constituer une société, même commerciale. — Lyon, 28 Juin 1846, S. 66. 2. 146.

(3) Ainsi, elle peut passer un bail relatif à son commerce.

(4) Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., T. VII, p. 251, § 472. — Lacour et Bouteron, I, n^o 111.

(5) Seine, 20 Décembre 1909, D. 1910. 2. 281. — Gaz. Pal. 1910. 1. 141.

tations relatives à son commerce, ester en justice sans autorisation de son mari. L'article 215, c. civ., est formel et précise que l'autorisation est nécessaire, même quand la femme est marchande publique.

Il suit de là qu'elle ne peut, sans autorisation, consentir un compromis, car ce serait ester en justice devant un arbitre, mais elle pourrait faire une transaction puisqu'elle a eu capacité de disposer (art. 2045, §1, c. civ.) pour les besoins de son négoce.

Il va de soi qu'à défaut d'autorisation maritale, les tribunaux peuvent autoriser la femme commerçante à ester en justice (art. 826 et 861, c. pr. civ.).

43. La loi du 13 juillet 1907, qui permet à la femme de disposer librement de son salaire et du produit de son travail, lui permet d'ester en justice dans toutes les contestations relatives aux droits qui leur sont ainsi reconnus (art. 6).

On a cru pouvoir inférer de ce texte que, désormais, la femme commerçante n'avait plus besoin d'autorisation pour agir en justice (1), les procès relatifs à son commerce ayant trait en même temps aux produits de son travail.

La pratique n'a pas admis cette théorie. S'il résulte de la loi de 1907 que la femme n'a pas besoin d'autorisation lorsque le procès a trait soit aux produits de son travail, soit aux biens constitués avec les économies réalisées sur ces produits, cette loi est évidemment inapplicable lorsqu'il s'agit de biens advenus à la femme ou des produits d'un commerce qui sont la résultante de facteurs multiples (capital engagé, achalandage déjà constitué, travail du personnel et travail propre du commerçant) (2).

On ne peut cependant méconnaître que l'on arrivera parfois à des distinctions byzantines et à des situations étranges. Mais n'est-ce pas la faute de la loi de 1907, rédigée si légèrement

(1) Lyon-Caen et Rerault, n° 65.

(2) Thaller et Perceyrou, n° 172 bis. — Lacour et Bouteron, I. 114.

et sans que ses rédacteurs aient paru pressentir qu'ils risquaient de bouleverser les règles du contrat de mariage.

44. Ajoutons, en terminant ces notions sur la capacité de la femme commerçante, qu'elle peut avoir un domicile commercial distinct de celui de son mari. Si, en effet, son principal établissement se trouve dans un ressort autre que celui où est situé son domicile légal, elle pourra être assignée au lieu de ce principal établissement. C'est également le tribunal de ce lieu qui pourra prononcer sa faillite (1).

§ III. — Du Passif de la Femme Commerçante

45. Si la femme avait été autorisée à faire le commerce, non par son mari, mais par justice, ses actes n'engageraient ni le mari, ni la communauté. Les biens personnels de la femme ne pourraient eux-mêmes être saisis que pour la nue-propriété, si le régime adopté en attribuait la jouissance au mari ou à la communauté (2). Mais les biens réservés pourraient être saisis pour la totalité.

46. Si la femme a été autorisée par le mari, les droits des créanciers varient suivant les régimes.

Lorsque le contrat porte séparation de biens, les créanciers de la femme commerçante n'ont action que sur les biens de celle-ci. Il en est de même sous le régime dotal, si la femme entreprend le commerce avec des biens paraphernaux. Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas de biens réservés au sens de la loi de 1907,

(1) Civ. 12 Juin 1883, S. 84. I. 257 et note Esmein. — D. 83. I. 281 et la note. — Planiol, Ripert et Savatier, I, n° 168.

(2) Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., VII, § 472, note 70. — Planiol, Ripert et Nast, VIII, n°s 348, 355 et note 2. — On ne saurait objecter l'article 1426 C. civ., dont le texte, assez mal rédigé, a simplement voulu répéter, après les articles 220 C. civ., 4 et 5 C. com., que la femme autorisée par son mari à faire le commerce n'a pas besoin, pour chaque acte, d'une autorisation spéciale.

mais il y a deux patrimoines distincts : celui du mari et celui de la femme, dont chacun d'eux conserve l'administration.

Dans le régime sans communauté, les créanciers de la femme n'ont, en principe, aucune action contre le mari. Ils ne peuvent saisir que les biens de leur débitrice. D'autre part, les créanciers du mari sont également sans action sur les biens de la femme, réservés ou non. Ceux d'entre eux, toutefois, qui auraient contracté avec le mari, dans l'intérêt du ménage, pourraient saisir les biens réservés (art. 3, § 2). Sous le régime dotal, si le commerce a été entrepris avec des biens dotaux déclarés aliénables par le contrat de mariage, les créanciers de la femme pourraient agir sur ces biens, ainsi que sur les biens réservés. Quant aux créanciers du mari, leur situation est la même que sous le régime sans communauté (1).

47. Quelle est la situation sous les régimes de communauté ?

L'article 5, c. com., après avoir posé en principe que la femme, marchande publique, peut s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce, ajoute qu'en ce cas elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. Ce n'est là, du reste, qu'une application de l'article 1419, c. civ., aux termes duquel *« les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari et de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari. »*

48. Les biens propres du mari et les biens communs répondent non seulement des conséquences directes des actes faits par la femme dans l'exercice de son commerce, mais même du préjudice causé par les délits ou quasi-délits qu'elle aurait causés dans sa profession.

(1) Thaller et Perceyrou, n° 175. — Lacour et Bouteron, I, nos 121, 121, 123.

49. Il importe de remarquer que lorsque le mari habilite sa femme à faire le commerce, il ne devient pas lui-même commerçant. Dès lors, quoique responsable sur ses biens et sur ceux de la communauté des conséquences pécuniaires du commerce qu'il a autorisé, il est tenu civilement mais non commercialement. De là résulte que la faillite ou la mise en liquidation judiciaire de la femme n'entraîne pas la faillite ou la liquidation judiciaire du mari (1).

50. On a discuté beaucoup sur le fondement de la responsabilité du mari telle qu'elle résulte des articles 119, c. civ., et 5, c. com.

Dans l'opinion la plus ancienne qu'appuie la jurisprudence de la Cour de Cassation, le mari qui autorise sa femme s'oblige directement, comme s'il contractait lui-même et, par là-même, il oblige la communauté (art. 1484, c. civ.). C'est une dérogation à la maxime : *qui auctor est se non obligat*. Créée en faveur des tiers qui, sans cela, n'auraient en action que sur la nue-propiété, cette dérogation repose sur la présomption que la femme qui s'oblige avec l'autorisation du mari le fait dans l'intérêt de ce dernier, comme chef de communauté. Créée aussi en faveur de la femme et surtout de la femme commerçante, elle lui donne du crédit, par le fait même que les engagements qu'elle contracte avec le consentement de son mari sont garantis par leur double patrimoine (2).

Développant ces idées, la Cour de Cassation a successivement déclaré que l'obligation *personnelle* que contractait le mari

(1) Il en serait autrement, même sous le régime de la séparation de biens, si le mari avait fait lui-même des actes de commerce. Civ. 24 Février 1926, Sirey 1927. I. 101.

(2) Civ. 17 Janv. 1881, D. 81. I. 45, S. 81. I. 126. — 23 Avril 1888, D. 89. I. 233, S. 89. I. 25. — 16 Juillet 1902, D. 1903. I. 401; note de M. Capitant, S. 1905. I. 22. — 1^{er} Avril 1914, D. 1919. I. 110, S. 1914. I. 345, et note de M. Lyon-Caen, 27 Juin 1922, D. 1922. I. 200. — Aubry, Rau et Bartin, VIII, § 509, note 40 et § 520, note 2. — Colin et Capitant, III, p. 109. — Guilleouard, II, n° 845.

en autorisant sa femme était une obligation *légale* (1) et une obligation *solidaire* (2). « Attendu, dit-elle dans son arrêt du 27 Juin 1922, que si, en principe, la solidarité ne se présume pas, elle peut néanmoins, aux termes de l'article 1202, c. civ., avoir lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi; attendu que, suivant l'article 1419 du même code, le paiement de la dette contractée par une femme, commune en biens avec l'autorisation de son mari, peut être poursuivi pour la totalité sur les biens personnels de l'un ou de l'autre époux, au choix du créancier, et que l'attribution à ce dernier d'une semblable faculté, qui lui confère, vis-à-vis de chacun des époux séparément, les mêmes droits que ceux qu'il aurait eus contre un débiteur unique, de l'intégralité de la prestation, est, aux termes de l'article 1200, constitutive d'un droit de solidarité entre les deux co-obligés ».

51. Des principes ainsi posés découlent de nombreuses conséquences :

1° Personnellement obligé, le mari est tenu, après dissolution de la communauté, de payer l'intégralité de la dette contractée par la femme avec son autorisation (3).

2° Si le créancier veut obtenir titre exécutoire contre le mari, il doit l'assigner personnellement en même temps que la femme, et non pas seulement à l'effet d'autoriser cette dernière.

3° Le concordat obtenu par la femme ne profite ni à la communauté ni au mari (4).

4° Le commandement fait à la femme interrompt la prescription à l'égard du mari ou de ses héritiers (art. 1206, c. civ.) (5).

(1) Cass. 23 Avril 1888, précité.

(2) Cass. 23 Avril 1888, 16 Juillet 1902, 27 Juin 1922 précités.

(3) Demolombe : Mariage, II, n° 310. — Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., VIII, § 520, p. 276. — Guillouard, II, n° 845.

(4) Paris, 19 Février 1845, D. 45. 4. 39.

(5) Civ. 23 Avril 1888, précité.

5° Le mari ayant contracté une obligation civile ne peut être poursuivi en raison des dettes commerciales de sa femme que devant la juridiction civile (1).

52. Depuis quelques années, la thèse adoptée par la jurisprudence a été vivement combattue et une nouvelle explication de l'article 1419 a été proposée. MM. Planiol, Ripert et Nast la résument en ces termes : « La femme puise dans sa qualité de co-propriétaire le pouvoir d'engager la communauté. S'il lui faut l'autorisation du mari, c'est que celui-ci est le gérant, désigné par la loi, des biens communs; mais dès l'instant que le mari autorise sa femme à contracter, il lève l'obstacle qui s'opposait à l'exercice, par la femme, de ses pouvoirs propres. Et si le mari est lui-même tenu de la dette sur ses biens personnels, c'est en raison de la confusion de fait qui existe entre la masse commune et ses propres » (2).

Dans ce système, l'obligation du mari prend fin avec la confusion des deux masses. Ne répondant de la dette de la femme qu'en sa qualité de commun en biens, il n'en doit que la moitié. Le concordat accordé à la femme profite au mari et à la communauté. La condamnation prononcée contre la femme est exécutoire contre le mari. Enfin, il n'y a pas solidarité entre le mari et la femme.

On admet d'ailleurs, dans ce système, que la dette du mari est présumée civile (3).

Il faut reconnaître que, dans l'état actuel de nos habitudes sociales et alors que s'accroît chaque jour le nombre des commerçants mariés, il peut être excessif que le mari soit tenu person-

(1) Civ. 15 Juillet 1902, précité.

(2) Planiol, Ripert et Nast, VIII, nos 365 et S. — Baudry, Lacantinierie, I, nos 587 et S. — Laurent, XXI, n° 428, et XXII, n° 70. — Huc, IX, n° 148. — Lyon-Caen et Renault, VII, n° 623. — Thaller et Percerou, nos 176 et 177. — Lyon, 23 Juillet 1858, S. 59. 2. 615. — Pau, 24 Octobre 1910, D. 1912. 2. 5.

(3) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 365.

nellement et pour la totalité des dettes contractées par sa femme. A ce point de vue, le second système paraît plus équitable.

53. Les droits des créanciers de la femme commerçante n'ont pas été modifiés, sous le régime de la communauté, par la loi de 1907. On a cependant soutenu, en se basant sur l'article 1^{er} de cette loi, que les dettes commerciales de la femme n'obligeraient plus le mari ni la communauté (1). Mais c'est donner à ce texte une portée qu'il n'a certainement pas. Il a uniquement pour but de régler la situation des biens réservés et, à propos de ces biens, il dispose que « le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article premier, mais *sans autorisation maritale* ».

Lorsque la femme est *autorisée* à faire le commerce, le mari ne bénéficie donc pas de ce texte (2). Et si l'autorisation de faire le commerce a été donnée par justice, le texte n'ajoute rien aux solutions que nous avons données.

(1) Valéry, Annales de Dr. Commercial, 1907, p. 396 et s.

(2) Nîmes, 22 Janvier 1926. — Gazette des Tribunaux du 24 Août 1926 et note de M. Gaudemet, dans la revue du Droit Civil, 1926, p. 1037.

CHAPITRE III

Les Sociétés entre Epoux

54. Les époux peuvent-ils constituer entre eux une société pour l'exploitation d'un fonds de commerce ?

Aux termes de l'article 1388, c. civ., les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux dispositions prohibitives du code civil.

Et la question est précisément de savoir si la création d'une société entre époux viole ce texte directement ou indirectement.

Une jurisprudence, aujourd'hui constante, affirme que toute société entre époux, même séparés de biens, est radicalement nulle.

D'une part, elle est incompatible avec l'autorité maritale.

Elle attribuerait, en effet, à la femme associée, des pouvoirs de surveillance et de contrôle, contraires à la disposition de l'article 213, c. civ., qui la place sous la sujétion du mari.

D'autre part, elle serait une source incessante d'abus, en permettant de dissimuler dans les opérations sociales des avantages réciproques entre époux, que la loi prohibe implicitement en interdisant les ventes entre époux (art. 1595) et qu'elle interdit expressément lorsqu'ils sont irrévocables ou faits par le même acte (art. 1096 et 1097).

En troisième lieu, ce serait un moyen de tourner les dispositions de l'article 1395, c. civ., qui interdit, après célébration du mariage, tout changement dans les conventions matrimoniales.

La loi prohibe, d'ailleurs indirectement, les sociétés commerciales entre époux. La femme, aux termes des articles 220, c. civ., et 5, c. com., n'est réputée commerçante qu'autant qu'elle exerce un commerce distinct de celui de son mari.

Et cette règle devrait être appliquée, qu'il s'agisse d'une société en nom collectif, d'une association en participation ou d'une société universelle de gain (1).

55. Quelques auteurs se sont prononcés en sens contraire (2). Ils estiment que la capacité étant le droit et l'incapacité l'exception, on ne saurait admettre la nullité en l'absence d'un texte formel. Les sociétés entre époux ne devraient être annulées que s'il résultait des circonstances que les parties ont voulu atteindre un but illégal, notamment déroger à leurs conventions matrimoniales et enrichir l'un des époux au détriment de l'autre.

56. Du système adopté par la jurisprudence sur la nullité des sociétés entre époux, il résulte :

1° Que si le mari habilite la femme, même mineure mais âgée de 18 ans, à faire le commerce, cette autorisation n'est valable qu'à la condition que la femme fasse un commerce séparé, mais qu'elle est nulle s'il s'agit d'une association commerciale avec son mari (3).

(1) Civ. 7 Mars 1888, D. 88. I. 349 et 27 Juin 1893, S. 94. I. 25 (Société en participation). — Civ. 5 Mai 1902, D. 1903. I. 207 (Société Universelle de Gains). — Req. 11 Avril 1906, D. 1908. I. 284. — Req. 19 Mai 1908, D. 1908. I. 359. — Civ. 23 Janv. 1912, D. 1912. I. 481, et note Bouvier. — Civ. 24 Février 1913, D. 1913. I. 141 (Société en nom collectif). — Civ. 3 Juil. 1917, D. 1917. I. 127. — Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., p. 507, § 503 bis. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de mariage, n° 96.

(2) Delsol, Revue pratique de Droit français, I, p. 433. — Laurent, XXVI, n° 140. — Planiol, Revue critique, 1888, p. 175. — Note sous Cass. 6 Février 1888, S. 90. I. 49. — Vavasseur, Sociétés Commerciales, I, n° 48. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 78. — Thaller et Percerou, n° 347. — Hemard, Note, S. 1905. I. 41.

(3) Req. 3 Août 1859, D. 59. I. 419.

2° Que la femme associée au mari n'ayant pu être habilitée à faire le commerce, ne saurait être déclarée en faillite (1).

3° Que le mariage contracté entre un homme et une femme déjà associés ensemble en nom collectif, entraîne la dissolution immédiate de leur société, désormais nulle (2).

4° La nullité devrait-elle être prononcée si les deux époux s'associaient avec un tiers pour l'exploitation d'un fonds de commerce ? Si chacun des époux a des intérêts distincts et fait des apports séparés, la thèse consacrée par la jurisprudence conduit nécessairement à admettre la nullité, les mêmes raisons devant produire les mêmes effets (3).

Mais il en serait différemment si les deux époux, mariés sous le régime de la communauté, faisant leur apport conjointement et ayant le même intérêt, formaient une société avec un ou plusieurs tiers. Les deux époux, en pareil cas, ne formeraient qu'une seule partie au contrat de société (4).

A peine est-il besoin de faire remarquer que, si les sociétés entre époux, ayant des intérêts distincts, sont considérées comme nulles par la jurisprudence, cette règle ne peut s'appliquer qu'aux sociétés civiles ou commerciales gérées par les époux. Elle ne saurait être étendue aux sociétés de capitaux dans lesquelles les deux époux seraient commanditaires ou actionnaires (5).

57. Quoique nulle, la société entre époux a pu fonctionner pendant un temps plus ou moins long et la constatation de la

(1) Crim. Cass. 9 Août 1851, D. 52. 1. 160.

(2) Dijon, 27 Juillet 1870, rap. au supplément du Répertoire de Dalloz, V° Société n° 80 et note I.

(3) Nîmes, 24 Avril 1900, S. 1902. 2. 302. — Nancy, 1^{er} Décembre 1903, Rec. de Nancy, 1903. 313. — Cass. 6 Mai 1902 et 13 Janvier 1912, précités.

(4) Paris, 24 Janvier 1885 et, sur pourvoi, Cass. 6 Février 1888, S. 90. 1. 49. — Seine, 6 Mars 1891 et 18 Février 1896, Journ. des Sociétés, 1896. 437. — Amiens, 8 Juillet 1899, Journ. des Sociétés, 1900. 212. — Seine, 19 Décembre 1903, Journ. des Sociétés, 1904. 228. — Rousseau, n° 17. — Houpin et Bosvieux, I, n° 49.

(5) Thaller et Percerou, n° 349. — Houpin et Bosvieux, I, n° 49.

nullité ne saurait empêcher qu'il y ait eu une société de fait. Pourvu que le but de cette société n'ait pas été illicite, elle produit des rapports analogues aux rapports de droit qu'aurait fait naître une société régulière. Elle peut donc donner lieu à une liquidation, conformément aux règles suivies en matière sociale.

A la vérité, cette liquidation amènera parfois des résultats en contradiction avec le contrat de mariage des époux ou avec leurs conventions matrimoniales. Mais c'est aussi un principe que les sociétés annulées doivent être liquidées en tenant compte des faits accomplis et des intérêts respectifs des parties. La cour de cassation admet donc que la liquidation peut être opérée conformément aux règles suivies en matière sociale et que les bénéfices peuvent être répartis entre le mari et la femme, suivant les dispositions de l'article 1853, c. civ. (1).

58. La nullité des sociétés entre époux est une nullité d'ordre public. Elle peut être invoquée par les intéressés comme par les tiers; on peut la faire valoir en tout état de cause, même pour la première fois en appel. Elle est imprescriptible. Elle ne peut être ratifiée expressément ni tacitement (2).

(1) Cass. 25 Juin 1893, 5 Mai 1902, 19 Mai 1908, 23 Janvier 1912, 3 Juillet 1917, précités.

(2) Paris, 10 Décembre 1896, D. 97. 2. 125. — Nancy, 9 Février 1901, D. 1902. 2. 140. — Labbé, note Sirey, 90. 1. 49. — Thaller et Pic, n° 413. — Voyez cependant Cass. 6 Février 1888, précité.

CHAPITRE IV

De la Gestion du Fonds de Commerce pendant l'instance en Divorce ou en Séparation de Corps

59. Aux termes de l'article 242, c. civ., l'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge, donnée à charge d'en référer, prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires et notamment requérir l'apposition de scellés sur les biens de la communauté. Le même droit appartient à la femme, même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, les objets ou valeurs sont inventoriés et prisés; l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement. Ce texte est applicable à la séparation de corps (art. 307, c. civ.).

Ainsi, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, chaque époux pourra, s'il y est autorisé par le juge et dès la première ordonnance, faire apposer les scellés sur le fonds de commerce et faire faire l'inventaire des divers éléments qui le composent. L'époux en possession du fonds (et par conséquent la femme, si elle était habilitée à faire le commerce inventorié et qu'il n'y eut pas révocation du consentement du mari) pourra être constitué gardien judiciaire.

60. Mais si le fonds dépendant de la communauté ou propre à la femme était exploité par le mari, la femme pourrait-elle demander la nomination d'un séquestre ?

Non, en principe, car sous le régime de la communauté, le mari a seul l'administration des biens communs et des biens de la femme, et la nomination d'un séquestre le dépouillerait d'un droit qui lui est formellement conféré par la loi (1). D'autre part, comme le font remarquer MM. Aubry, Rau et Bartin (2), « le pouvoir d'autoriser des mesures conservatoires destinées à garantir les intérêts de la femme commune, n'emporte pas, pour le tribunal, la faculté d'ordonner l'établissement d'un séquestre sur les biens de la communauté ou sur ceux de la femme, dans le but d'assurer le paiement de ses droits et reprises. »

Cependant, un séquestre pourrait être nommé si les agissements du mari, qu'ils résultent de son impéritie ou de sa mauvaise foi, mettaient en péril un fonds de commerce propre à la femme ou dépendant de la communauté (3).

61. Si la femme ne peut demander la nomination d'un séquestre, à *fortiori* ne peut-elle demander que la gestion du fonds de commerce lui soit attribuée pendant la durée de l'instance ?

A ce principe quelques exceptions ont été apportées par la jurisprudence.

C'est d'abord le cas, qui ne peut faire difficulté, où le mari donne son assentiment à la mesure sollicitée par sa femme (4).

(1) Paris, 15 Juillet 1922, Gaz. Trib. 1922. 2. 626. — Paris, 9 Décembre 1922, Gaz. Trib. 1923. 2. 141.

(2) Tome VII, p. 330, § 478. — Les mêmes auteurs ajoutent que « Le tribunal pourrait, suivant les cas, charger un tiers de percevoir les revenus des biens de la femme, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour le paiement des provisions, alimentaire ou pour plaider, allouées à la femme ». Mais cette solution paraît d'une application difficile lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce.

(3) Paris, 4 arrêts des 31 Juillet 1917, 21 Février, 29 Juillet et 24 Décembre 1919, D. 1920. 2. 79.

(4) Req. 2 Mars 1920, D. 1921. 1. 71. — Paris, 23 Déc. 1921, D. 1922. 2. 8.

C'est, en second lieu, le cas où la demande de la femme serait justifiée par des circonstances exceptionnelles (1).

62. Si, pendant la durée de l'instance, le mari aliénait le fonds de commerce lui appartenant ou dépendant de la communauté, la femme pourrait-elle faire opposition au paiement du prix, conformément à l'article 3 de la loi du 17 Mars 1909 ? Oui, si elle avait une créance certaine et liquide, telle que celle qui résulterait de la provision alimentaire ou de la provision *ad litem* qui lui aurait été allouée. On objecterait vainement que cette pension peut être ultérieurement réduite ou supprimée. Cette éventualité ne peut se présumer et, d'ailleurs, tant qu'elle ne s'est pas produite, la créance existe (2).

Son opposition, au contraire, devrait être considérée comme nulle si elle était pratiquée pour le paiement de ses reprises, car, subordonnées à la prononciation du divorce et au résultat de la liquidation, ces reprises constituent simplement une créance éventuelle (3).

Bien entendu, si la vente consentie par le mari était frauduleuse, elle tomberait sous l'application des articles 243 et 1167, c. civ.

63. Lorsqu'elle est fondée à former opposition sur le prix de la vente parce qu'elle a une créance certaine, la femme est, par là même, fondée à prendre toutes les mesures qui appartiennent aux créanciers pour la sauvegarde de leurs droits. Elle peut, dès lors, faire, sur le prix de la vente du fonds de commerce,

(1) Marseille, 5 Mai 1920, Juris. civ. de Marseille, 1919, p. 398. — Amiens, 14 Avril 1889, Rec. Amiens, 1899, p. 190. — Douai, 17 Décembre 1902, Gaz. Trib., 1903. 1. 2. 443; sauf, au mari, à faire nommer un séquestre pour encaisser les fonds dus par les clients. — Paris, 5 Juin 1901, Gaz. Trib. 1901. 2. 2. 53.

(2) Req. 24 Avril 1927, Gaz. Pal. 27. 2. 330.

(3) Seine, 21 Novembre 1921, Loi du 4 Novembre 1921, Cendrier, op. cit. n^o 163.

une surenchère du sixième, si ce prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qu'ont révélés les oppositions (1).

64. Lorsque le divorce a été prononcé, la femme commerçante serait-elle autorisée à continuer l'exploitation de son commerce sous le nom de son mari, si ce nom avait, jusque-là, servi à faire connaître sa maison ?

Aux termes du § 2 de l'article 299, c. civ., par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. De même, en matière de séparation de corps, les tribunaux peuvent interdire à la femme de porter le nom de son mari (art. 311, c. civ.).

Mais ces dispositions, quelque générales qu'elles soient, ne visent que le nom civil. Elles ne sauraient s'appliquer au nom commercial, qui est un des éléments actifs du fonds de commerce jusque-là exploité par la femme avec l'assentiment de son mari. Si le fonds était vendu, ce nom commercial passerait à l'acquéreur, qui serait autorisé à ajouter à son nom celui de son vendeur, en le faisant précéder de « ancienne maison ». La femme ne peut être privée d'une valeur qui fait partie de son patrimoine (2). Il appartiendrait toutefois aux tribunaux de prendre toutes mesures utiles pour empêcher les abus.

(1) Req. 24 Mai 1927, précité.

(2) Huc, II, n° 395. — Trib. Civ. Toulouse, 18 Mai 1866, D. 89. 2. 9. — Bordeaux, 3 Décembre 1906, D. 1907. 2. 73, et note Thomas. — Contra, Seine, 2 Novembre 1895, D. 96. 2. 152. — Cette dernière décision a été tempérée par des mesures prises pour sauvegarder les droits de la femme. Quoique partant d'un principe contraire, elle se rapproche, en fait, des précédentes.

CHAPITRE V

Liquidation et Partage après Dissolution du Mariage

§ I. — Du Fonds propre à l'un des Epoux

65. S'il ne l'a pas aliéné pendant le mariage, l'époux reprend en nature le fonds de commerce qui lui est resté propre.

Il bénéficie de la plus-value qu'a acquise ce fonds pendant le mariage, comme il subit les effets de sa moins-value. Sur ce point, la jurisprudence est constante.

Il importerait peu que la plus-value fut le résultat de l'activité ou du sens commercial de l'époux non propriétaire (1) ; ce dernier ne saurait avoir plus de droits qu'un commis ou un gérant, au travail et à l'habileté duquel serait due la prospérité de l'affaire. D'ailleurs, s'il y a communauté d'acquêts, l'époux non propriétaire a profité de l'augmentation des bénéfices.

66. Mais la plus-value d'un fonds ne tient pas toujours à son accroissement de clientèle ou à la direction qui lui est imprimée. Elle peut provenir également de l'apport de capitaux nouveaux qui ont permis de lui donner une extension plus considérable. Si ces capitaux ont été fournis soit par la communauté, soit par l'époux non propriétaire, il y aura lieu à récompense.

Il en serait de même si les bénéfices réalisés chaque année avaient été, en tout ou en partie, employés à accroître l'impor-

(1) Aix, 14 Mai 1905, D. 1906. 2. 380.

tance du fonds de commerce par des achats de marchandises, la création de moyens nouveaux de production, des améliorations aux locaux occupés, etc. La communauté réduite aux acquêts, ainsi privée de revenus qui devaient lui revenir, aurait droit, incontestablement, à une récompense qui, suivant les cas, sera tantôt du montant des capitaux fournis, tantôt de la plus-value donnée par les améliorations réalisées avec ces capitaux (1).

67. Si le fonds de commerce propre à l'un des époux a été vendu au cours du mariage et que le prix ait été touché par la communauté, elle en doit récompense.

Même lorsque le fonds resté propre n'a pas été vendu, elle doit récompense des marchandises estimées dans le contrat. Ces marchandises constituaient, en effet, un propre imparfait dont elle pouvait disposer, à charge de restituer la valeur estimative. Mais, bien entendu, elle aurait le droit de réclamer la valeur des marchandises approvisionnées pendant le mariage et existant au décès.

§ II. — Du Fonds de Commerce commun

68. La dissolution de la communauté entraîne l'indivision entre les époux si elle provient de divorce ou de séparation de corps ou de biens et l'indivision entre l'un des époux et les héritiers de l'autre si elle provient du décès de l'un des communistes.

(1) Req. 25 Octobre 1909, D. 1910. I. 257. — Rapport de M. le Conseiller Fochier et note de M. Binet, S. 1911. I. 361, et note de M. Naquet, Gaz. Pal. 1909. 2. 504. Quid, s'il s'agissait, non d'un fonds de commerce exploité par l'un des époux, mais de ses droits dans une société anonyme, réservant une part de ses bénéfices au lieu de la distribuer ? Si la constitution de cette réserve est prévue par les statuts, l'accroissement de valeur qui en résulte pour les actions appartient au propriétaire, en vertu d'un droit inhérent à son titre. — Req. 14 Mars 1877, S. 78. I. 5 et note Labbé. — Req. 15 Octobre 1909, D. 1910. I. 257. De même, si les réserves accumulées permettent une distribution gratuite d'actions. Req. 14 Juin 1903, S. 1904. I. 591.

Il va de soi qu'à dater de cette dissolution, le mari ne pourrait vendre le fonds de commerce commun. L'un des indivisaires ne peut vendre seul la chose commune, et il en serait ainsi, même si, depuis la dissolution, le vendeur avait, par son industrie et par son travail, donné une plus-value importante au fonds indivis (1).

69. Devenu indivis, le fonds de commerce est soumis à partage, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision. Même lorsqu'un diplôme est nécessaire pour l'exercice du fonds de commerce, l'époux non diplômé ou ses héritiers peuvent provoquer le partage (2).

70. Si les co-intéressés s'accordent pour attribuer le fonds de commerce à l'un d'eux, l'évaluation doit se faire à la date de la dissolution de la communauté (3).

A défaut d'entente, le partage en nature est de droit, mais, sauf en des cas exceptionnels (4), il paraît difficile de diviser un fonds de commerce et habituellement la licitation s'imposera.

Elle comprendra l'ensemble juridique que constitue le fonds, avec ses éléments corporels (matériel, marchandises) et ses éléments incorporels (clientèle, achalandage, droit au bail, etc.) (5).

Comme il s'agit de partage, la licitation sera poursuivie devant le tribunal civil dans le ressort duquel s'est ouverte la succession.

La licitation aura lieu dans les formes habituelles. Les étrangers ne peuvent être exclus, s'il y a des mineurs ou si l'un des colicitants exige leur admission.

(1) Seine, 23 Septembre 1886. Le Droit, 16 Déc. 1886.

(2) Voir supra, n° 3.

(3) Besançon, 1^{er} Avril 1863, D. 63. 2. 93. — Req. 8 Juin 1868, D. 71.

1. 224.

(4) Par exemple, un fonds avec plusieurs succursales, ou si, le fonds ayant perdu toute valeur comme achalandage, il ne restait que le matériel et les marchandises.

(5) Nancy, 6 Juin 1888, D. 89. 2. 180.

Il est sage d'insérer dans le cahier des charges une clause prévoyant, soit pour l'interdire, soit pour le réglementer, le rétablissement des associés qui ne resteraient pas adjudicataires, afin de prévenir toutes difficultés ultérieures. Ces clauses sont valables pourvu qu'elles ne soient pas absolues, c'est-à-dire illimitées à la fois quant au temps et quant au lieu (1). Elles doivent, d'ailleurs, avoir pour but de protéger l'intérêt commun des indivisaires (2). Elles doivent enfin être interprétées restrictivement.

A défaut de clause s'expliquant à ce sujet, les indivisaires non adjudicataires ont-ils le droit de se rétablir ? Et s'ils se rétablissent, peuvent-ils être condamnés à des dommages-intérêts envers l'adjudicataire qui se prétend lésé ? C'est, avant tout, une question de fait (3).

D'une part, les juges peuvent induire des circonstances particulières de la cause l'interdiction de se rétablir (4). D'autre part, si, en l'absence de ces circonstances, le principe de la liberté du commerce permet au colicitant de se rétablir, il ne doit rien faire qui porte atteinte aux droits qu'il a cédés. Il y porterait atteinte s'il détournait la clientèle, envoyait des circulaires, cherchant à créer une confusion ou à attirer la clientèle cédée, prenant l'enseigne de la maison vendue, se rétablissant dans le voisinage immédiat, etc. (5).

71. Quel que soit le résultat de la licitation, que l'adjudication soit tranchée au profit d'un étranger ou de l'un des époux

(1) Req. 8 Février 1911, D. 1912. 1. 173 et arrêts cités à la note.

(2) Douai, 4 Décembre 1900, D. 1902. 2. 187, et références citées à la note. — Cass. 9 Janvier 1884, D. 85. 1. 32. — Paris, 7 Mai 1891, D. 92. 2. 15. Mais une clause interdisant le rétablissement devrait être écartée si elle ne visait que l'un des indivisaires. — Trib. Com. Seine, 31 Juillet 1885, Journal Trib. Com., 1886. 233.

(3) Req. 4 Février 1901, D. 1901. 1. 167.

(4) Cass. 16 Mars 1886, D. 86. 1. 377, S. 86. 1. 296. — Paris, 7 Janvier 1890, S. 91. 2. 21. — Cass. 21 Juillet 1891, S. 91. 2. 228.

(5) Consultez cass. 11 Mai 1898, S. 98. 1. 265. — Req. 4 Février 1901, D. 1901. 1. 167. — Trib. Com. Seine, 17 Oct. 1901, Gaz. Pal. 1901. 2. 568. — Req. 8 Février 1911, D. 1912. 1. 173.

ou de ses représentants, l'adjudicataire doit faire la publicité prévue par l'article 3 de la loi du 17 Mars 1909. S'il payait son prix sans avoir rempli cette formalité, il ne serait pas libéré au regard des tiers (art. 3 dernier aliéna).

Si un tiers se rend adjudicataire, il y a vente et, dès lors, le privilège du vendeur, organisé par l'article 1^{er} de la loi précitée, peut être inscrit.

Mais si l'un des colicitants devient adjudicataire, il n'existe aucun privilège, l'article 2103, § 3, ne s'appliquant qu'aux immeubles.

72. Si le fonds de commerce était exploité dans un immeuble spécialement aménagé à cet effet et dont il serait inséparable, les parties pourraient faire ordonner la vente en un seul lot de l'immeuble et du fonds de commerce qui y serait installé. Elles auraient même le droit de stipuler que le prix de l'immeuble et du fonds de commerce réunis pourrait être frappé d'une surenchère du sixième, conformément à l'article 708, c. pr. civ., quoique le § 3 de l'article 5 de la loi du 17 Mars 1909 déclare cette surenchère non admissible en cas de vente judiciaire poursuivie à la requête de propriétaires indivis. Cette disposition, en effet, n'est pas d'ordre public; les parties peuvent y déroger librement et aucune disposition de loi ne déclare nulle leur convention, d'ailleurs destinée à sauvegarder l'intérêt de tous les intéressés (1).

(1) Paris, 19 Avril 1923, Gaz. Pal. 1923. I. 750, et sur pourvoi, Req. 1925, Gaz. Pal. 1925. 2. 77, D. 1925. I. 169, S. 1925. I. 123.

CHAPITRE VI

De la Gestion du Fonds de Commerce pendant l'Indivision

§ I. — Gestion de l'un des Indivisaires

73. Après le décès de l'un des époux, et surtout s'il y a des enfants mineurs ou encore trop jeunes pour assumer la charge des affaires, il arrive assez fréquemment que l'époux survivant continue l'exploitation du fonds de commerce et qu'ainsi l'indivision se continue pendant plusieurs années. Il arrive aussi, même s'il s'agit d'un fonds propre à l'époux prédécédé, que le survivant, quoiqu'il n'ait que des droits d'usufruit, prenne la direction de ce fonds. Ces situations naissent ordinairement du désir de maintenir dans l'intérêt de la famille les ressources plus larges qu'assurait le commerce.

Si la nécessité d'un inventaire s'impose après un décès, c'est assurément en de telles situations. L'époux survivant qui n'y ferait pas procéder risque de compromettre gravement les intérêts dont il assume la gestion, puisqu'il serait, plus tard, difficile et parfois impossible de reconstituer les éléments du fonds de commerce. Cette omission pourrait d'ailleurs le faire soupçonner de détournement et, en tous cas, l'exposerait, s'il s'agit d'un fonds commun, à la preuve, par commune renommée, de la consistance de ce fonds et à la privation de ses droits de jouissance légale (art. 1442, c. civ.).

Le défaut d'inventaire priverait également la femme survivante et commune en biens du bénéfice de l'article 1483 et il priverait l'un et l'autre époux, en matière de succession, du droit d'accepter bénéficiairement.

74. L'époux qui a continué l'exploitation du fonds de commerce doit compte de sa gestion. Mais doit-il compte de l'intégralité des bénéfices qu'il a réalisés ?

En principe, les fruits produits par les biens dépendant d'une communauté dissoute ou d'une succession, appartiennent à cette communauté ou à cette succession. *Fructus augent hereditatem*. Et, d'autre part, l'époux qui a eu l'administration provisoire est tenu de rendre compte de tout ce qu'il a touché, sauf à déduire les dépenses que lui a occasionnées sa gestion (1).

Mais si ces principes sont certains lorsqu'il s'agit d'un loyer, d'un fermage, leur application aux gains réalisés dans l'exploitation d'un commerce peut faire doute alors que ces gains sont le produit, non seulement du capital représenté par le fonds, mais encore du travail de l'époux qui continue la gestion.

Pour résoudre cette difficulté, la jurisprudence a admis une distinction qui semble d'ailleurs parfaitement rationnelle.

Si l'époux survivant s'est borné à continuer le commerce tel qu'il était géré avant la dissolution et sans entreprendre des opérations sortant du cadre habituel de ce commerce, les bénéfices réalisés appartiennent à l'indivision (2). L'époux qui administre la communauté ou la succession ne saurait avoir plus de droits qu'un administrateur ordinaire. Celui-ci serait tenu de rendre compte des bénéfices par lui encaissés et son seul droit serait de réclamer ses déboursés et la valeur de son travail.

(1) Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., p. 261, § 519, T. VIII. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville : Successions, II, n^o 1082.

(2) Civ. 29 Janvier 1872 (1^{er} arrêt), D. 72. 1. 449. — Civ. 28 Avril 1884, D. 84. 1. 339. — Paris, 21 Février 1893, D. 93. 2. 405, et note Planiol. — Civ. 23 Mai 1905, D. 1906. 1. 369, et note Boutaud. — Marseille, 26 Juillet 1927, D. H. 1927. 565.

Si, au contraire, l'époux survivant agissant dans son intérêt personnel fait des opérations nouvelles qui ne rentrent pas dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce ou qui exigent des connaissances spéciales et qui lui soient propres, les gains réalisés peuvent lui être attribués en tout ou en partie. Ainsi, il a été jugé que les bénéfices réalisés par un entrepreneur de travaux publics, après dissolution de la communauté, mais en vertu d'un marché antérieur à cette dissolution, peuvent lui être attribués intégralement alors qu'il s'agit d'un marché sur série de prix se réglant par quinzaine. Un tel marché pouvait être considéré comme une série d'entreprises qui ne sont pas une suite nécessaire les unes des autres (1). Ainsi encore, il a été jugé que si le conjoint survivant resté en possession d'immeubles, de capitaux et d'usines dépendant de la communauté, s'en est servi pour se livrer à des opérations nouvelles pour son compte personnel et à ses risques et périls, les bénéfices résultant de ces opérations doivent lui être attribués comme étant le produit de son travail et de son industrie particulière, à charge, par lui, de faire compte à la communauté tant des loyers des immeubles que de l'intérêt des capitaux et de la valeur locative des choses mobilières appartenant à la communauté (2). Ces décisions sont une application de l'article 1868, c. civ.

Mais il importe de remarquer qu'elles s'appliquent à des situations plutôt exceptionnelles. Dans le premier cas, il s'agissait d'entreprises distinctes de celle qui était en cours lors du décès; dans le second, il s'agissait d'une entreprise nouvelle utilisant les immeubles et usines dépendant de la communauté.

Il faut donc conclure qu'en principe les produits et bénéfices réalisés depuis la dissolution de la communauté, dépendent de son actif. Les exceptions à ce principe ne peuvent être admises

(1) Req. 11 Novembre 1851, D. 51. I. 315.

(2) Cass. 28 Novembre 1869, D. 70. I. 25.

qu'autant que le juge du fait justifie sa décision en établissant que l'époux qui a continué l'exploitation s'est livré, pour son compte, à ses risques et périls, à des opérations toutes nouvelles ne rentrant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce, mais exigeant une initiative, des connaissances, un travail qui lui soient propres. Et devrait être cassé l'arrêt qui, sans justifier sa décision par les considérations qui précèdent, aurait attribué à l'époux survivant la totalité des bénéfices (1).

75. L'époux qui a géré le fonds de commerce pour le compte de la communauté et qui, dès lors, n'a droit qu'à sa part dans les bénéfices réalisés, ne peut-il, du moins, demander la rémunération de son travail, de ses soins, de ses connaissances techniques ? On ne saurait objecter que le mandat et la gestion d'affaires sont gratuits (art. 1986). Il est certain aussi que le mandant et le maître de la chose doivent rendre le mandataire et le gérant indemnes de toute perte et, par suite, l'indemniser de la perte de son temps et de son activité.

On ne peut objecter davantage qu'en gérant la chose commune, l'époux survivant a fait sa propre affaire, car il a fait aussi celle des héritiers de l'époux précédé.

Il n'y a donc, juridiquement, aucune raison qui s'oppose à l'allocation d'une indemnité et les tribunaux l'ont parfois accordée (2). On peut être surpris que la question ne soit pas posée très fréquemment. La raison en est sans doute que, dans bien des cas, il est apparu qu'en gérant la chose commune pour le compte de ses enfants, l'époux survivant agissait avec une intention libérale et qu'au surplus, il n'avait pas eu plus de peine

(1) Civ. 23 Mai 1905, D. 1906. 1. 369, cassant un arrêt de la Cour de Besançon.

(2) Seine, 3 Janv. 1884, Gaz. Pal. 84. 1. 188. — Cass. 23 Mai 1905, précité, et note de M. Boulard. On cite également : Bordeaux, 20 Novembre 1845, D. 46. 2. 72. — Paris, 24 Avril 1858, D. 58. 2. 159 ; mais ils sont peu nets.

à administrer le tout que la partie. Evidemment, en pareille matière, les questions de fait jouent un rôle prépondérant.

76. Si l'époux survivant utilisait les immeubles et valeurs dépendant de la communauté à son profit personnel et notamment pour entreprendre un commerce nouveau, il devrait évidemment, à titre de restitution de jouissance et conformément à l'art. 1437, c. civ., la valeur locative des immeubles et l'intérêt légal des sommes qu'il aurait employées à son profit (1).

77. Lorsqu'après dissolution de la communauté, l'époux survivant entreprend des opérations nouvelles, distinctes de celles qui font l'objet habituel du fonds de commerce commun et que les bénéfices ainsi réalisés sont le fruit de ses aptitudes particulières, le fonds commun sur lequel est venu, en quelque sorte, se greffer une nouvelle branche de produits, acquiert, par là même, une plus-value. A qui appartient cette plus-value ? La Cour de Paris a jugé qu'en pareil cas la valeur du fonds de commerce commun doit être appréciée au moment de la dissolution de la communauté, et non au moment de la liquidation de la communauté (2).

§ II. — Gestion de l'Epoux ayant la Jouissance légale

77 bis. Aux termes de l'article 384, c. civ., le père, durant le mariage et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

(1) Cass. 24 Nov. 1869 et Amiens, 10 Juin 1868, D. 70. 1. 25. Il devrait même l'intérêt au taux commercial (décisions précitées).

(2) Paris, 21 Février 1893, D. 93. 2. 45, et note Planiol.

Cette jouissance légale peut comprendre un fonds de commerce, que ce fonds soit advenu à l'enfant par succession ou donation du vivant de ses père et mère, soit que, plus fréquemment, il le trouve dans la succession de son père ou dans la communauté ayant existé entre ses père et mère.

Il est incontestable qu'en permettant soit au père, soit à l'époux survivant de continuer l'exploitation du commerce, l'usufruit légal favorise les intérêts du mineur. « Il sert au maintien du commerce familial jusqu'à ce que l'enfant soit à même de le diriger, maintien qui, sans la jouissance du père, serait très difficile » (1).

Si, en effet, le père et la mère étaient décédés, le tuteur ne pourrait continuer le commerce. Représentant le mineur, il ne saurait avoir plus de droits que ce dernier à qui l'article 2, c. com., interdit le commerce jusqu'à émancipation et même jusqu'à l'âge de dix-huit ans. On a parfois tenté de tourner la difficulté en donnant à bail à un commerçant le fonds appartenant au mineur (2). C'est un expédient qui peut être dangereux.

Celui, au contraire, qui a l'usufruit légal, exerce un droit qui lui est propre. Il a déjà dirigé le commerce qu'il continue ou il a été mêlé à son exploitation. Il a souvent, en même temps que sa jouissance légale, des droits de communauté et d'usufruit contractuel sur le fonds. Son intérêt personnel est un garant du soin qu'il apportera à la gestion.

Le droit de jouissance légale n'est qu'une variété de l'usufruit et est, en général, soumis aux mêmes règles (3).

L'usufruit d'un fonds de commerce constitue un usufruit véritable, portant sur l'universalité, sur l'ensemble qui le constitue, éléments corporels et incorporels, qu'unit une commune desti-

(1) Planiol, Ripert et Savatier, I, n^{os} 357 et 589. — Thaller et Percerou, n^o 152.

(2) Lacour et Bouteron, I, n^o 99.

(3) Planiol, Ripert et Savatier, I, n^o 361.

nation (1). Il n'en serait autrement que si les parties avaient manifesté une intention contraire (2).

L'époux qui a l'usufruit ou la jouissance légale d'un fonds de commerce fait le commerce en son propre nom (3), à moins qu'il ne l'ait donné à bail. Dès lors il en supporte les risques et, seul, il peut être déclaré en faillite.

Il suit de là que le syndic ne pourrait faire vendre que le droit d'usufruit, puisque la nue-propriété appartient aux enfants (4).

(1) Aix, 12 Mars 1878, S. 78. 2. 265. — Civ. 26 Février 1894, S. 95. 1. 102 et note Wahl-Aubry et Rau, T. II, p. 740. — Baudry-Lacantinerie, n° 583. — Planiol, Ripert et Picard, n° 797. — Colin et Capitant, I, p. 797.

(2) Aix, 12 Mars 1878, précité. — Saint-Etienne, 8 Mars 1892, sous Cass., précité.

(3) Req. 29 Janvier 1883, D. 83. 1. 314, S. 85. 1. 482.

(4) Aubry et Rau, T. II, § 236 et note 2. — Planiol, Ripert et Savatier, I, numéro 757.

CHAPITRE VII

De la Clause Commerciale

78. Dans la plupart des contrats de mariage, lorsque l'un des époux est commerçant au moment où il se marie et très souvent même dans les contrats de mariage entre non-commerçants, se trouve une clause qui assure à l'époux survivant le droit de conserver, à certaines conditions, le fonds de commerce exploité lors de la dissolution. Elle est appelée dans la pratique des affaires, *clause commerciale*, et cette expression semble avoir conquis droit de cité dans le langage juridique.

79. Il importe, tout d'abord, de la faire connaître telle que nous la trouvons rédigée dans une étude de notaire de Paris. A la suite de ce texte, nous la donnons également en note dans la forme plus simple et moins détaillée, que nous avons retrouvée dans une étude du Centre.

« Conservation du Fonds de Commerce, Etablissement ou Droits sociaux

« Si, au décès de l'un d'eux au cours du mariage, les
« futurs époux exploitent ensemble ou séparément un fonds
« de commerce ou d'industrie ou ont des droits comme
« associés en nom collectif ou en commandite ou en parti-
« cipation dans un fonds ou établissement de même nature

« appartenant en propre à l'un d'eux ou dépendant de la
« communauté, le survivant, qu'il y ait ou non des enfants
« du mariage, et la future épouse, soit qu'elle accepte la
« communauté, soit qu'elle y renonce, pourra, si bon lui
« semble, conserver ce fonds ou ces droits aux conditions
« suivantes :

« Si les futurs époux exploitent ledit fonds ou établis-
« sement seuls et sans associés, le survivant aura la faculté
« de conserver, pour son compte personnel, le fonds ou
« établissement dont s'agit, comprenant la clientèle et l'acha-
« landage avec le matériel et les marchandises en dépendant,
« pour la valeur du tout qui sera fixée par experts nommés
« comme il sera dit ci-après, et il sera, en outre, subrogé
« au droit au bail des lieux d'exploitation.

« Dans le cas où ces lieux dépendraient d'une maison
« appartenant en propre au prémourant des époux ou à la
« communauté, le survivant pourra exiger qu'il lui soit fait
« bail des lieux nécessaires à son commerce et à son habi-
« tation personnelle pour neuf années consécutives, à compter
« du jour du décès du prémourant, aux conditions réglées
« d'accord entre les parties, sinon par deux experts qu'elles
« nommeront respectivement ou qui seront nommés par le
« Président du Tribunal Civil à leur défaut, lesquels experts,
« en cas de partage, pourront s'en adjoindre un troisième,
« à titre d'amiable compositeur.

« Et si les époux, ou l'un d'eux, ont seulement des
« droits comme associés en nom collectif ou commanditaires
« ou en participation dans un établissement commercial
« quelconque, le survivant, en tant que les actes constitutifs
« le permettent, pourra les conserver pour lui seul, en tenant
« compte aux héritiers du prédécédé, de leur portion dans
« ces droits, d'après le dernier inventaire social sans que
« lesdits héritiers puissent prétendre à aucune participation
« dans les opérations faites depuis le dernier inventaire.

« S'il n'avait pas encore été fait d'inventaire social, le
« survivant profiterait du bénéfice de la présente clause en
« tenant compte desdits droits d'après l'inventaire qui serait
« fait conformément aux statuts de la société, s'ils le per-
« mettent, sinon d'après la mise sociale versée.

« Le survivant aura, pour faire son option, un délai de trois mois, à compter du décès du prémourant, faute de quoi, il sera censé avoir opté pour la conservation desdits fonds ou droits sociaux et deviendra, dès lors, passible de tous engagements en résultant.

« Pendant le temps qui s'écoulera entre le décès et l'option, le survivant des époux aura le droit de gérer seul le fonds de commerce, activement et passivement, pour le compte de qui il appartiendra sans qu'il ait besoin du concours des héritiers et représentants du prédécédé, alors même que ceux-ci seraient mineurs ou incapables. Il aura, à cet effet, les pouvoirs les plus étendus, suivant les lois et usages du commerce, notamment ceux d'acquitter toutes traites et présenter tous bordereaux à l'escompte, toucher toutes sommes dues ou échues antérieurement au décès ou au cours de l'administration et, par suite, endosser et acquitter tous effets de commerce, en vue de leur recouvrement.

« Le survivant desdits futurs époux imputera la valeur dudit fonds de commerce ou droits sociaux sur les sommes qui lui reviendraient en pleine propriété ou en usufruit dans la communauté et dans la succession du prédécédé jusqu'à due concurrence et jouira, pour le surplus, du délai de restitution ci-après stipulé... » (1).

(1) Clause commerciale copiée dans une étude du Centre.

« Lors de la dissolution de la communauté arrivant par le décès de l'un des époux, le survivant aura la faculté de conserver, pour son compte personnel et à son profit, le fonds de commerce ou établissement commercial ou industriel ou toute autre exploitation qu'ils pourraient faire valoir ensemble ou séparément, ainsi que le matériel et les marchandises en dépendant, à la condition de prendre le fonds, savoir : Les marchandises et le matériel d'après la prise qui en sera faite dans l'inventaire dressé après le décès du prémourant et le fonds pour ses éléments incorporels, d'après l'estimation qui en sera donnée en cet inventaire par deux experts choisis par les parties avec faculté de s'en adjoindre un troisième pour les départager en cas de désaccord. Faute, par les parties, de nommer respectivement les deux premiers experts ou faute, par ceux-ci de s'entendre sur le choix d'un tiers expert, ils seront nommés dans l'un et l'autre cas par le Président du Tribunal Civil du lieu où ledit fonds de commerce ou exploitation sera exploité.

« Le survivant imputera la valeur du tout sur ses droits et reprises dans la communauté ou, s'il y a lieu, dans la succession du prémourant.

« Il aura seul droit au bail des locaux où s'exploitera ledit fonds ou établissement, pour le temps qui en restera à courir, à charge d'en payer seul les loyers, de rembourser les loyers payés d'avance par imputation, comme

80. En résumé, cette clause stipule que le fonds de commerce exploité par les époux ou par l'un d'eux, pourra être conservé par l'époux survivant, même si le fonds est propre à l'époux prédécédé, même s'il y a des enfants issus du mariage, même si la femme survivante renonce à la communauté.

Elle vise tout fonds de commerce exploité lors de la dissolution, sans qu'il y ait à rechercher s'il existait au moment du mariage ou a été acquis depuis cette époque. Elle vise également les droits que les époux pourraient, lors de la dissolution de leur union, posséder dans un établissement commercial ou industriel comme associé, soit en nom collectif, soit en commandite, soit en participation (1).

81. Il est à remarquer que, d'après le texte ci-dessus transcrit, elle n'est applicable qu'en cas de dissolution par le décès de l'un des époux. L'intention libérale qui préside à la confection de ces clauses, devait assurément faire exclure le cas de divorce ou de séparation de corps. Il se pourrait, cependant, que la clause, d'après la convention des parties, dut produire effet, même en cas de dissolution de la communauté par divorce ou séparation de biens. Mais c'est une hypothèse qui, sans doute, se présentera rarement (2).

« il est dit ci-dessus, sur ses droits et reprises et exécuter les charges et conditions dudit bail.

« Et si le fonds ou établissement commercial ou industriel est exploité dans un maison dépendant de la communauté ou de la succession du prédécédé, les héritiers de celui-ci seront tenus, si le survivant l'exige, de lui passer bail des lieux où s'exploitera ledit fonds ou établissement et de ceux nécessaires à l'habitation du survivant, pour 3, 6 ou 9 années, au choix de ce dernier, aux prix, charges, clauses et conditions fixés par les experts choisis et nommés comme il est dit ci-dessus et en lui laissant, par une clause expresse, la faculté de transporter ou sous-louer ses droits audit bail en demeurant garant de son exécution .

« La future épouse jouira de ladite faculté de conservation, même en renonçant à la communauté.

« Le survivant devra faire connaître son intention dans les trois mois qui suivront le décès du prémourant. »

(1) Elle pourrait également viser une exploitation agricole avec son cheptel ou un établissement industriel avec son outillage.

(2) *Infra* n° 93. — Béhin, *op. cit.* n° 76.

82. Etablie en vue d'assurer à l'époux survivant les avantages, les revenus, la vie plus large que donne généralement l'exploitation d'un fonds de commerce, créée également pour maintenir à sa valeur la maison de commerce en la laissant aux mains d'un époux déjà mêlé à sa direction et plus à même de conserver intact, pour des mineurs, l'avoir de la famille, la clause commerciale se recommandait à l'attention par de solides et graves raisons. Aussi a-t-elle pénétré profondément dans les habitudes sociales et, par les renseignements que nous avons obtenus, tant à Paris qu'en Province, nous pouvons affirmer que, chaque année, la proportion des contrats qui la contiennent est plus forte que celle de l'année précédente (1).

Il serait vain probablement de lui chercher des origines très anciennes. Elle est née du développement des affaires, de l'importance prise dans la vie contemporaine par les exploitations commerciales. Elle correspond aux besoins actuels et elle y donne satisfaction.

83. C'est ainsi, et sous l'empire de ces besoins, qu'elle est sortie des études de notaire, comme en étaient sorties, jadis, les subrogations et renonciations à l'hypothèque légale. Les tribunaux, d'abord, l'ont acceptée sans discussion et nombreux sont les jugements et les arrêts qui ont homologué des liquidations attribuant à l'époux survivant, soit le fonds commun, soit le fonds propre à l'époux prédécédé. Enfin, les juristes sont intervenus. Ils ont cherché à analyser la clause commerciale et se sont posé la question de savoir quelle était sa valeur juridique.

Suivons-les dans cette analyse et dans cette recherche et suivons, en même temps, la jurisprudence et, pour la clarté de l'exposition, examinons successivement la clause commerciale appliquée au fonds commun et la clause commerciale appliquée à un fonds propre.

(1) Béhin, n^{os} 54 et 55.

CHAPITRE VIII

La Clause Commerciale porte sur un Fonds de Commerce Commun

§ I. — Notions Générales

84. Il importe d'abord de rappeler succinctement quelques principes dont la connaissance précise est indispensable pour la discussion.

Les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions (art. 1497 et 1527) pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390, c. civ. Ils peuvent notamment déroger à la règle de l'article 1474, prévoyant le partage par moitié de la communauté.

Le titre du contrat de mariage s'occupe spécialement de deux de ces clauses modificatives : Le préciput et le partage inégal.

Le préciput est une clause, par laquelle les futurs époux conviennent que le survivant d'entre eux sera autorisé à prélever, avant tout partage, sur la masse commune, soit une certaine somme, soit une certaine proportion d'objets mobiliers et immobiliers, soit certains meubles ou immeubles. Le préciput n'est pas une libéralité; il n'est point, dès lors, soumis aux règles de forme ou de fond des donations; il est une convention de mariage qui a pour objet de modifier les effets de la communauté légale

(art. 1516). En principe, il n'a lieu que si la femme accepte la communauté, mais le contrat de mariage peut stipuler qu'elle aura droit au préciput, même si elle renonce (art. 1515). La dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux donne seule ouverture au préciput. Si la dissolution est le résultat de divorce ou de séparation, l'époux contre lequel la décision a été rendue perd ses droits à cet avantage (art. 299, c. civ.). Au contraire, l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation conserve ses droits au préciput en cas de survie. Toutefois, si c'est la femme, l'objet du préciput reste provisoirement aux mains du mari, à charge de donner caution (art. 1518). Enfin, les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les objets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux frustré (art. 1519).

A côté du préciput réglementé par la section VI de la deuxième partie du titre du contrat de mariage, la section VII s'occupe des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté (art. 1520-25). Les époux peuvent, en effet, déroger au partage égal en stipulant que l'un d'eux ou le survivant d'entre eux aura une part moindre que la moitié, ou n'aura droit qu'à une certaine somme. Ils peuvent même stipuler que la communauté appartiendra tout entière au survivant ou à l'un d'eux. Dans toutes ces hypothèses, le passif doit être payé par chaque époux, proportionnellement à sa part d'actif. Toute clause contraire serait nulle.

Qu'il s'agisse de préciput, de partage inégal ou de tout autre clause, non prévue par la loi mais rentrant dans le cadre de l'article 1497, ce sont des *conventions de mariage*. Elles ne constituent pas des libéralités et, dès lors, quelque avantage qu'elles confèrent au bénéficiaire, elles ne sauraient être réduites pour atteinte portée à la réserve des enfants nés du mariage (1). La

(1) Paris, 12 Avril 1900, S. 1904. 2. 39.

loi a sans doute considéré que ce qu'ils perdaient dans une succession, ils le retrouveraient dans l'autre.

Cette considération est évidemment inapplicable aux enfants nés d'un premier lit. Aussi, faut-il faire réserve des droits spéciaux que leur confèrent les articles 1496 et 1527, § 3, c. civ.

§ II. — Caractère Juridique de la Clause

85. C'est afin de déterminer les perceptions fiscales auxquelles peut donner lieu la clause, permettant à l'époux survivant de conserver le fonds de commerce commun, que la jurisprudence s'est, pour la première fois, prononcée sur la nature de cette clause.

Conformément aux prétentions de l'administration de l'enregistrement, le tribunal de la Seine (1) avait admis que cette clause devait s'analyser en une vente faite par les héritiers du prédécédé à l'époux survivant. Dès lors, il y avait mutation de propriété et, par suite, ouverture au droit de mutation.

86. La cour de cassation a repoussé cette solution.

« Attendu, dit un arrêt du 7 Avril 1856 (2) que la question du procès est celle de savoir si l'attribution de propriété à la veuve Lecoq est l'exécution d'une convention matrimoniale autorisée par les articles 1520 et 1525, c. civ., et passible d'un simple droit fixe, ou si elle constitue une vente passible du droit proportionnel de mutation. Attendu, en droit, qu'aux termes de l'article 1525, c. civ., il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, sauf aux héritiers de

(1) 19 Juillet 1853, D. 54. 3. 63. — 14 Mars et 17 août 1855, D. 55. 5. 184.
Contra : Lille, 27 Août 1853, D. 54. 3. 73.

(2) D. 56. I. 207, S. 56. I. 538, cassant le jugement de la Seine du 19 Juillet 1853 précité.

l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur, et que l'art. 1527 autorise entre les époux toutes autres conventions, sauf les restrictions d'ordre public. Attendu qu'il est déclaré par ledit article 1525 que la stipulation qu'il prévoit est simplement une convention de mariage et entre associés; que ce caractère légal, assigné à la stipulation, s'oppose aussi bien à ce qu'on la considère comme une vente qu'à ce qu'on la répute un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme. Attendu que l'attribution de toute la communauté à l'époux survivant ne cesse pas d'être une convention matrimoniale et ne prend pas le caractère d'une mutation à titre onéreux, passible d'un droit proportionnel d'enregistrement par cette circonstance qu'il aura été stipulé que le survivant payera aux héritiers du prémourant soit une somme fixe, soit une somme dont les bases d'évaluation sont déterminées à l'avance par le contrat de mariage; que le droit de propriété du survivant prend son origine et son titre, non dans un contrat consensuel à intervenir avec les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui lui fait attribution de ce droit pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur. »

87. Depuis, la jurisprudence statuant, non plus en matière fiscale, soumise parfois à des règles spéciales, mais en matière civile et sur la validité même de la clause, a maintenu, en la précisant, la conception que nous venons de faire connaître (1).

La clause ne constitue pas une vente à intervenir avec les héritiers du prémourant.

Elle ne constitue pas davantage une donation réci-

(1) Cass., 2 Mars 1859, D. 59. 1. 225, S. 59. 1. 761. — Lille, 27 Décembre 1900, D. 1901. 5. 268, S. 1903. 2. 119. — Paris, 11 décembre 1924, D. H. 1925. 31., Gaz Pal. 1925, 1. 403. — Civ. 16 Décembre 1925, D. 1927. 1. 5 et note Capitant, S. 1926. 1. 169 et note Vialleton, Gaz. Pal. 1926. 1. 249.

proque (1), même quand elle attribue au survivant la clientèle et l'achalandage sans qu'il soit tenu d'en payer le prix.

Quoiqu'elle constitue un avantage elle doit, « sous réserve du droit des enfants issus d'un précédent mariage, » être réputée simplement une convention de mariage et entre associés (2).

C'est donc en vertu de cette convention de mariage et par application de l'article 1525, § 2, que l'époux survivant conserve le fonds de commerce dépendant de la communauté, sauf à en payer la valeur totale ou partielle, suivant les stipulations de son contrat (3).

88. Il est habituellement stipulé dans la clause commerciale que, même si la femme renonce à la communauté, elle aura le droit de conserver le fonds de commerce. Même en ce cas, elle le conserve en vertu d'une convention de mariage (4).

En matière de préciput, la loi ne fait aucune distinction entre le cas où la femme accepte et celui où elle renonce. Dans les deux cas, le préciput est qualifié de convention de mariage par l'article 1516, c. civ. (5).

D'autre part, et d'une manière plus générale lorsque l'article 1527 rappelle qu'aux termes de l'article 1387 les époux peuvent faire, dans leur contrat, toutes conventions qui ne dérogent pas à l'ordre public, il n'apporte à cette règle d'autres

(1) Cass., 2 Mars 1859, précité.

(2) Cass., 16 Décembre 1925, précité.

(3) Le droit du survivant de conserver le fonds s'exercerait même s'il s'agissait d'un commerce dont l'exercice exigerait un diplôme tel qu'une pharmacie (Paris (11 Décembre 1924, précité). Nous avons déjà démontré sous le n° 3, qu'un fonds de pharmacie tombait dans la communauté et pouvait être licite. Ajoutons, avec l'arrêt de Paris, que si la propriété d'une pharmacie peut échoir à une veuve ou à des enfants mineurs, l'arrêté du 25 Thermidor, an II, leur impartit pour la vente un délai d'un an.

(4) Paris, 11 Décembre 1924 précité. Dans cette espèce, la femme avait renoncé, mais l'arrêt ne s'explique pas sur cette question.

(5) Paris, 12 Avril 1900, D. 1903. 2. 159, S. 1904. 2. 39. — Seine, 16 Avril 1902, D. 1902. 2. 239. — Liège, 4 Décembre 1890, Pasirisie 91. 2. 128.

exceptions que celles relatives aux droits des enfants nés d'un premier mariage.

Enfin, comme le font justement remarquer MM. Aubry, Rau et Bartin (1), le caractère juridique de la clause ne peut pas dépendre du parti que prendra la femme ou du fait que la communauté suffira ou non à lui payer son préciput.

Cependant, l'administration de l'enregistrement considère, en pareil cas, le préciput comme une donation (2), en temps qu'il excède l'actif commun.

89. Des principes qui viennent d'être posés, résultent quelques conséquences qu'il est maintenant facile de dégager.

Dès l'instant où il n'y a pas vente, mais convention de mariage, l'époux qui conserve le fonds n'a pas à remplir les formalités de publicité de la loi du 17 Mars 1909.

Aucune inscription de privilège et d'action résolutoire ne peut être prise contre les héritiers de l'époux survivant pour assurer le paiement de la valeur estimative du fonds. Enfin, les créanciers qui feraient opposition sur cette valeur estimative ne seraient pas fondés, puisque cette valeur ne constitue pas un prix de vente, à faire la surenchère du sixième autorisée par la loi précitée (3); mais il va de soi que si l'un de ces créanciers faisait saisir et vendre le fonds de commerce, le droit de surenchérir des créanciers serait incontestable.

§ III. — Des effets de la Clause Commerciale

90. Convention de mariage devant produire son effet à la dissolution et lors du partage de la communauté, la clause

(1) VIII, note 5, § 529. — Baudry-Lacantinerie et Surville. Contrat de mariage, II, p. 900.

(2) Civ., 12 Juin 1872, D. 72. I. 327, S. 72. I. 308.

(3) Paris, 11 Décembre 1924, précité.

commerciale qui attribue à l'époux survivant le droit de conserver le fonds commun, ne peut évidemment, pendant la durée de l'union conjugale, porter atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté. Ces droits restent entiers. Ils ne trouvent aucune restriction ni limitation dans la clause commerciale qui ne constitue qu'un mode éventuel de règlement pour le cas où existerait, au moment du décès du premier mourant des conjoints, un établissement en comportant l'application (Req. 24 Mars 1903) (1).

Le mari peut donc vendre le fonds de commerce, le donner en nantissement, l'apporter en société. Il ne pourrait toutefois, le léguer, puisque, par l'effet du prélèvement opéré par la femme, le fonds de commerce ne se trouverait plus dans la succession du testateur.

Si le mari conserve, sur le fonds commun, ses pouvoirs habituels, il faut, toutefois, excepter le cas de fraude. Et il faut reconnaître que l'affaire sur laquelle a statué l'arrêt du 24 Mars 1903 pouvait paraître suspecte : Le mari n'avait pas aliéné le fonds de commerce, il avait créé une société en nom collectif avec des stipulations ayant pour effet, à son décès de constituer son associé seul propriétaire de tout l'actif social. Cet associé, toutefois, devait tenir compte, aux ayants droit du mari, de ce qui pouvait revenir à celui-ci. Cet acte d'association par lequel, tout en gardant le commerce, le mari se substituait un tiers comme successeur et éliminait sa femme, ne laissait pas que d'être étrange. Les juges du fait (2), pour des raisons que nous ignorons, ont décidé que ces stipulations étaient exemptes de fraude. Les apparences étaient contraires.

91. Si la clause commerciale ne modifie pas les droits du

(1) D. 1905. I. 33 et la note signée M. P.

(2) Paris, 11 Février 1901, non reproduit par les recueils.

mari au cours du mariage, elle ne modifie pas davantage la situation de la femme.

Si elle a acquis, solidairement avec son mari le fonds de commerce, elle est tenue, pour le tout, au paiement du prix; si elle l'a acquis conjointement, elle est tenue pour la moitié; si l'acquisition a été faite par le mari seul, et que la femme renonce, le prix ne pourra lui être réclamé; si elle accepte, le vendeur n'aura action contre elle que pour la moitié. C'est l'application des règles habituelles.

Ces règles ne seront pas modifiées par le fait qu'après dissolution du mariage, la femme aurait conservé le fonds de commerce. Cette circonstance ne peut la rendre débitrice du vendeur avec lequel elle n'aurait pas traité ou la rendre débitrice d'une somme plus forte que celle dont elle était tenue comme commune en biens et, le cas échéant, comme légataire d'une quotité de la succession de son mari (1). Il n'en serait autrement que dans le cas où la stipulation du contrat de mariage ou celle de l'acte de partage de la communauté mettrait à sa charge la totalité de l'obligation (2).

92. Enfin la clause commerciale ne modifie pas la situation des créanciers du mari et de la communauté. Le fonds de commerce commun est leur gage. Après, comme avant la dissolution, ils peuvent le saisir (3).

Ce n'est donc qu'après la dissolution de la communauté que la clause produira effet, si l'époux survivant manifeste l'intention de conserver le fonds de commerce. En ce cas, il devient propriétaire dès le décès de son conjoint (art. 883 et 1476, c. civ.) puisqu'il prend le fonds de commerce en vertu du partage.

(1) Civ. 15 Décembre 1925, D. 1927. 1. 5.

(2) Même arrêt.

(3) Tissier, note Sirey 06. 4. 33. Capitaint, revue critique de législation et de jurisprudence, T. XLVII (Janv. Fév. 1927). Cet article a également paru en volume séparé.

93. M. Capitant enseigne que la faculté de prélèvement est une faculté personnelle qui ne peut être exercée par les héritiers de l'époux survivant. Institué dans l'intérêt exclusif de ce survivant en vue de lui assurer des ressources, le prélèvement perdrait sa raison d'être, par le fait même du décès de celui à qui il devait bénéficier. De même, ce droit ne pourrait être exercé par les créanciers de l'époux survivant. Car on ne saurait contraindre ce dernier à continuer ou à entreprendre une exploitation commerciale dont il ne voudrait pas assumer la responsabilité (1).

Cette double proposition ne nous paraît pas admissible. Il est incontestable que le droit au préciput ou les avantages que confère le partage inégal de la communauté, ou les avantages qui peuvent être conférés en vertu des articles 1497 et 1527 passent aux héritiers du bénéficiaire et pourraient être exercés par ses créanciers. Or, le droit d'exercer le prélèvement du fonds de commerce, — droit qui dérive des mêmes textes — est un avantage pécuniaire certain, même si la valeur du fonds doit être payée aux héritiers du prémourant. La clause, que nous avons transcrite, ne contient aucune disposition qui en limite le bénéfice à l'époux survivant. C'est un droit qui est dans son patrimoine et qu'il transmet à ses héritiers.

Quant aux créanciers, il ne saurait être question de ceux du mari, qui ont une action directe et dès lors, n'ont aucun intérêt à user de l'action oblique. Il ne peut s'agir que des créanciers de la femme ou des créanciers des héritiers du mari.

Sans doute, ils ne pourraient contraindre leur débiteur à continuer ou à entreprendre un commerce. Même pendant le mariage, ils n'auraient pu émettre une telle prétention. Mais ils ont un intérêt manifeste à user de l'option conférée à leur débiteur pour faire entrer, dans le patrimoine de ce dernier, le

(1) Capitant, *op. cit.*, n° 19.

fonds de commerce et pouvoir le saisir. Même avec l'obligation de payer le prix aux héritiers du survivant, l'opération peut les tenter. Dans une espèce que nous avons déjà citée (1), le fonds gardé par la veuve et qui avait été estimé 1.880 francs a été revendu par elle 20.000 francs, quelques mois plus tard.

93 bis. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse où la dissolution de la communauté était produite par le décès de l'un des époux. Mais elle peut être le résultat soit du divorce ou de la séparation de corps, soit d'une séparation de biens.

S'il y a divorce ou séparation de corps, se pose immédiatement la question de savoir si l'époux, contre lequel le jugement a été rendu, peut se prévaloir de la clause commerciale. Aux termes, en effet, de l'article 299, c. civ., l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les *avantages* que l'autre époux lui aurait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. Et cette disposition est applicable à la séparation de corps (2), mais non à la séparation de biens.

Il faut remarquer d'abord que l'article 299 se sert d'une expression très large. Il vise *tous les avantages* résultant du contrat de mariage.

On objectera que les articles 1516 et 1525 considèrent comme conventions de mariage et non comme donations le préciput et la clause attribuant à l'un des époux la totalité de la communauté. Nous répondons que l'article 1518 applique implicitement au préciput l'article 299. Il décide, en effet, que lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux *qui a obtenu, soit le divorce, soit la séparation de corps*, conserve ses droits au préciput en cas de

(1) Paris, 11 Décembre 1924, D. H. 1925, p. 33. — Voir aussi Versailles, 19 Décembre 1912, Gaz. Pal. 1913. I. 399. Fonds estimés 3.000 francs et revendus quelques jours plus tard 22.000 francs.

(2) Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, n° 686.

survie. C'est dire, par *a contrario*, que celui contre lequel le divorce ou la séparation a été prononcé, en est déchu.

L'article 299 a donc une portée générale. Il s'applique à tous avantages qu'ils résultent d'une donation ou de conventions de mariage et, dès lors, à l'avantage résultant d'une clause commerciale (1).

93 *ter.* Enfin, il faut rappeler qu'en cas de déclaration d'absence et aux termes de l'article 124, c. civ., l'époux commun en biens peut, soit conserver par préférence l'administration des biens de l'absent, soit demander la dissolution provisoire de la communauté. En ce dernier cas, il exerce ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, — dont le droit de prélever le fonds de commerce, — à charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution (2).

(1) Behin, op. cit., n° 92 et s. Machereau : Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité, p. 74. — Contra : Capitant, op. cit. n° 14.

(2) Capitant, op. cit. n° 16.

.D.

CHAPITRE IX

Nature Juridique et effets de la Clause Commerciale portant sur un Fonds propre

94. Appliquée depuis de longues années par le notariat, consacrée sans discussion par les jugements et arrêts qui homologuaient les liquidations, la clause commerciale a été récemment arguée de nullité et, sur une consultation de M. Henri Capitant, professeur à la Faculté de Droit de Paris (1), le Tribunal Civil de Rouen, le 3 Août 1921, puis la Cour de Rouen, le 11 Décembre 1922, prononçaient cette nullité (2). Depuis, M. Capitant a publié, dans la *Revue Critique de Législation*, une étude générale sur la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux et il a repris la thèse qu'il avait fait triompher devant les magistrats de Rouen (3).

Cette thèse et les décisions qui l'avaient consacrée ont

(1) Citée par M. Béhin.

(2) D. 1923. 2. 1. — Coulommiers, 8 mai 1903. S. 1906. 2. 23. — Seine, 14 Mai 1906 (motifs), S. 1906. 2. 23, et jurisprudence belge, Gand 11 juillet 1883, Pasicrisis 82. 2. 362. — Trib. civ. de Bruges, 29 juillet 1895, Pas. 96. 3. 21. — Trib. civ. d'Anvers, 8 juillet 1898, Pas. 98. 3. 325. Cassation belge, 7 Juin 1906, Pas. 1906. 1. 293. — L'arrêt de Douai du 2 Février 1850 (D. 51. 2. 133), cité parfois en faveur de la même opinion, n'a pas statué sur la validité de la clause commerciale.

(3) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. XLVII.

profondément ému le monde des affaires et particulièrement le notariat (1). Elle était en effet chargée de lourdes conséquences, puisqu'elle entraînait la nullité d'une clause habituelle dans les contrats de mariage, portait atteinte aux intérêts les plus respectables, jamais troublés jusqu'alors et se croyant en sécurité, puisqu'enfin elle risquait de remettre en question des liquidations déjà terminées, dans lesquelles avait été appliquée comme valable une clause maintenant présentée comme nulle.

La réaction contre cette thèse n'a pas tardé à s'affirmer à la barre des Tribunaux et, successivement, le Tribunal Civil de la Seine (2) et la Cour de Riom, confirmant un jugement du Tribunal de Clermont-Ferrand, ont reconnu la validité de la convention incriminée.

D'autre part, M. Nast, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg, soutenait également la validité de cette clause (3).

C'est en cet état que se présente le débat, dont l'intérêt juridique et pratique est considérable.

95. Il va de soi que certains motifs qui ont permis de valider la clause, lorsqu'elle portait sur un bien commun, sont sans application lorsqu'elle porte sur un bien propre. Il ne s'agit plus d'un mode de partage de la communauté, il s'agit du transfert d'un bien propre de l'époux prédécédé à l'époux survivant.

Il est aussi d'évidence que la question qui, dans le chapitre précédent, n'intéressait que les régimes de communauté, va déborder ce cadre. Sous tous les régimes se posera la question de validité de la clause commerciale portant sur un fonds de commerce propre à l'un des époux. Et ainsi apparaît plus encore la gravité du débat.

(1) Journal du Notariat, p. 126. — Journal des Notaires, 1922, p. 651.

(2) Seine, Gaz. Pal. 1924. 2. 652, D. H. 1924. p. 611.

(3) Revue critique de la législation, tome 44, p. 534 et s.

§ 1. — Exposé de la Thèse de M. Capitant

96. D'après le savant professeur, la clause commerciale appliquée à un bien propre revêt nécessairement le caractère d'une promesse conditionnelle de cession faite soit à titre onéreux, soit à titre gratuit par l'époux propriétaire du fonds à son conjoint.

97. L'époux propriétaire du fonds a-t-il conféré au conjoint survivant la faculté de prélèvement, sans imposer l'obligation de payer la valeur estimative ? C'est une libéralité, une institution contractuelle, valable assurément, mais sujette à réduction s'il y a atteinte à la réserve.

L'époux propriétaire a-t-il imposé au conjoint survivant l'obligation de payer les éléments matériels du fonds de commerce tout en lui abandonnant gratuitement les éléments incorporels ? Le contrat est alors mélangé d'un élément à titre onéreux et d'un élément à titre gratuit. Mais soit pour tenir compte de l'intention des parties, soit pour échapper à des conséquences juridiques inadmissibles, il faut le considérer pour le tout comme un contrat à titre gratuit et admettre la même solution que dans le cas précédent.

Enfin, l'époux propriétaire du fonds a-t-il imposé au conjoint survivant l'obligation de payer la valeur estimative de tous les éléments, tant incorporels que matériels ? En ce cas, la convention ne peut constituer une libéralité. Elle est un acte à titre onéreux. Elle s'analyse en une promesse de vente subordonnée à la condition de survie du conjoint. Et cette promesse de vente est nulle comme constituant un pacte sur succession future (1).

98. Précisant sa pensée sur cette troisième hypothèse, M. Capitant ajoute : « L'époux propriétaire du fonds donne à

(1) Henri Capitant, *op cit.*, n° 32 à 40 inclus.

son conjoint, pour le cas où ce dernier lui survivrait, la faculté d'acheter ce fonds à ses héritiers pour le prix qui sera fixé à ce moment là ». Ce n'est donc point, d'après cet auteur, une vente immédiate. C'est une promesse de vente, subordonnée à la survie du bénéficiaire et cette promesse ne se transforme en vente et ne devient un contrat synallagmatique que le jour où l'époux survivant manifeste son intention d'acheter. C'est donc après le décès du propriétaire du fonds de commerce que se formerait le contrat entre ses héritiers et l'époux survivant.

Or, cette promesse de vente, dont la réalisation serait imposée aux héritiers du promettant, constitue un pacte sur succession future prohibé par les articles 1430 et 1600, c. civ.

Vainement, on objecterait que, dans toute promesse de vente, si le promettant décède avant que le bénéficiaire ait manifesté sa volonté d'acquérir, ce dernier pourra cependant exiger des héritiers du promettant l'exécution de la promesse. Dans ce cas, la promesse n'est pas subordonnée au décès du promettant et aurait pu se réaliser de son vivant. Au contraire, dans le cas de la clause commerciale, le promettant n'engage que ses héritiers et c'est la caractéristique du pacte sur succession future.

§ II. — L'Intention des Parties

99. Supposer que l'époux propriétaire du fonds a voulu faire une promesse de vente subordonnée à la survie de son conjoint, c'est prêter à cet époux une intention manifestement contraire au but qu'il poursuit et à sa volonté.

Si, en effet, il avait fait une promesse de vente, il serait lié pendant toute la durée du mariage, de telle sorte qu'il ne pourrait plus disposer du fonds lui appartenant, tant que la condition n'aurait pas défailli. Si, pendant le mariage, il disposait du fonds

de commerce et qu'après son décès l'époux survivant manifestât sa volonté d'acquérir, les héritiers du prédécédé, dans l'impossibilité de réaliser la promesse de vente faite par leur auteur, se trouveraient exposés à une action en dommages-intérêts. C'est, en effet, un principe élémentaire, en matière de promesse unilatérale de vente que, tant que la condition n'a pas défailli, tant que le terme n'est pas expiré, le promettant reste tenu de son engagement (1).

Cette constatation suffit pour démontrer que, jamais, l'idée d'une promesse de vente n'a pu venir à l'esprit de l'époux qui, propriétaire d'un fonds de commerce, donne, par contrat, à son conjoint, s'il survit, la faculté de conserver ce fonds. Cet époux entend garder intact son droit de disposition; il n'entend pas se lier pendant le mariage et c'est lui attribuer une intention qu'il n'a jamais eue, que de raisonner sur l'hypothèse d'une promesse de vente, alors qu'un tel engagement est manifestement contraire à ses intérêts et à sa volonté.

100. Ce n'est donc pas dans une promesse de vente qu'il faut chercher la base juridique de la clause commerciale appliquée à un fonds propre.

Il faut la chercher, et on ne peut la trouver que dans une opération qui, réglementée par le contrat de mariage, ne devra produire son effet qu'au décès de l'époux propriétaire et qui, dès lors, laissera à ce dernier, durant sa vie, la pleine disposition du fonds dont il est propriétaire.

Ce résultat sera obtenu, soit que l'on considère que la clause commerciale appliquée à un fonds propre constitue une *convention de mariage*, soit qu'on y voit une *institution contractuelle*.

(1) Aubry et Rau, 5^e édition, T. V., p. 6, § 349. — Baudry-Lacantinerie, La Vente, p. 66. — Cass., 10 Mars 1886, D. 87. I. 261, S. 87. I. 261.

S'il s'agit d'une convention de mariage, il est d'évidence que, constituant un gain de survie, elle laisse à l'époux propriétaire pleine liberté de disposer, à titre onéreux, du fonds de commerce lui appartenant. Nous avons vu précédemment (1) que la jurisprudence considérait qu'une telle convention, lorsqu'elle portait sur un fonds de communauté, ne limitait pas, durant le mariage, les droits que le mari tient de la loi sur les biens communs. *A fortiori*, ses droits ne sont pas limités sur un fonds propre. Seules seraient sans effet les dispositions à titre gratuit.

S'il s'agit d'une institution contractuelle, la situation sera la même.

« L'institution contractuelle, disent MM. Aubry, Rau et Bartin (2), est une disposition faite par contrat de mariage qui, quoiqu'ayant pour objet tout ou partie des biens devant composer l'hérédité de l'instituant, est cependant irrévocable en ce sens que ce dernier ne peut, si ce n'est dans des limites très étroites, y porter atteinte par d'ultérieures dispositions à titre gratuit (art. 1082 et 1083, c. civ.) »

Ainsi, l'instituant ne peut plus disposer, à titre gratuit, des biens qui ont fait l'objet de l'institution; mais il conserve le droit absolu d'en disposer à titre onéreux.

Dès lors, si la clause commerciale constituait une institution contractuelle, l'époux propriétaire du fonds restera libre de le vendre, de le donner en nantissement, de l'apporter en société. Il ne pourra, au contraire, en disposer à titre gratuit, soit par donation, soit par legs.

En résumé, dans les deux cas, on se trouve en présence d'une solution qui respecte l'intention des parties contractantes.

(1) Supra, n° 90.

(2) 5^e Ed. T. XI, p. 650, § 739.

§ III. — La faculté de prélever un fonds propre
est une convention de mariage

101. Les divers régimes qu'a réglementés le titre du contrat de mariage ne constituent point des formes rigides que les parties sont obligées d'adopter. Les futurs époux restent libres de régler à leur gré les conditions pécuniaires de leur union. Ils peuvent modifier les régimes et les combiner.

La loi, dit l'article 1387, ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, ni à certaines règles d'ordre public, précisées par les textes qui suivent. Ce droit est affirmé à nouveau par les articles 1497 et 1527.

102. Or, aucun texte n'interdit aux époux de convenir que le survivant prélèvera, à la dissolution du mariage, un bien appartenant à son conjoint.

La loi elle-même nous en fournit un exemple. Il est permis de stipuler que la femme, même si elle renonce, exercera le préciput prévu au contrat. Ce n'est pas alors une convention entre associés, puisque la femme a renoncé à la communauté et c'est bien une convention portant sur un bien propre, puisque tous les biens de communauté appartiennent alors au mari.

M. Capitant ne peut méconnaître que l'objection est embarrassante (1). Il pense y répondre en affirmant que, même lorsque la femme renonce, elle recueille l'objet du préciput comme bien commun et à titre de co-partageante. Mais c'est là une affirmation que démentent les effets de la renonciation. La femme qui renonce, porte l'article 1492, perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté. « Par la renonciation, disent

(1) Loc. cit. n° 40 et p. 52.

MM. Baudry, Lacantinerie, Le Courtois et Surville (1), l'épouse est censée n'avoir jamais été commune en biens avec son mari. Sa qualité d'associée s'efface rétroactivement. Le patrimoine de la communauté, confondu vis-à-vis des tiers presque totalement avec celui du mari, tant qu'a duré la communauté, devient réellement et d'une façon rétroactive, aussi bien entre les conjoints qu'à l'égard des tiers, une partie intégrante du patrimoine du mari. »

Dès lors, la femme ne peut recueillir le bien, objet du préciput, comme bien commun, ni en qualité d'associée, puisque la communauté est réputée n'avoir jamais existé.

Et cela est si vrai que si le préciput, au lieu de porter sur un bien déterminé ou une quote-part de biens, porte sur une somme d'argent, ce n'est pas comme commune que la femme la reçoit, mais comme créancière (2), ce qui prouve, de plus fort, qu'elle n'agit pas comme associée.

103. M. Capitant objecte encore que le préciput, l'institution contractuelle, les clauses de partage inégal sont de véritables pactes sur succession future et que si la loi les a autorisés en raison de la faveur due au mariage, ces dérogations ne sauraient être étendue et que c'est les étendre que de les appliquer à une faculté de prélèvement sur un fonds propre. Une telle faculté, d'après lui, constitue un pacte sur succession future dans un cas que la loi n'a pas expressément autorisé.

Cette objection est-elle fondée ? Pour qu'il y ait pacte prohibé par l'article 1130, c. civ., il ne suffit pas que l'objet du contrat fasse partie d'une succession future ; il faut qu'il en fasse partie avec le caractère de biens héréditaires (3).

(1) Contrat de mariage, II, n° 1242.

(2) Pothier, Communauté, n° 448. — Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., T. V., p. 502. — Baudry, Le Courtois et Surville, II, n° 1419 et note I.

(3) Aubry et Rau, T. IV, § 334, p. 318.

A propos de la renonciation à son droit par le bénéficiaire d'un gain de survie, consistant en une donation conditionnelle des biens présents, MM. Baudry et Barde font nettement apparaître la portée et le sens de la règle que nous venons de poser (1).

« Le droit dont il dispose ainsi (en renonçant) ne peut s'ouvrir qu'au décès de son conjoint; de plus, c'est dans la succession de ce dernier que se trouve l'objet de la convention dont s'agit. Cependant, il n'y a pas ici pacte sur succession future. L'époux qui, dans son contrat de mariage, a stipulé un gain de survie tel que nous venons de le supposer, n'a pas acquis par là de droit successif sur l'hérédité de son conjoint. Si celui-ci prédécède, l'époux bénéficiaire aura droit au gain de survie en qualité de créancier et non d'héritier, et, par conséquent, en renonçant à cet avantage en faveur d'un de ses enfants ou en l'abandonnant à une autre personne moyennant une certaine somme, il ne traite pas sur une succession future » (2).

De même, l'époux survivant qui prélève, dans la succession de son conjoint précédédé, le fonds propre appartenant à ce dernier, n'exerce pas ce prélèvement en vertu d'un droit héréditaire. Il l'exerce comme créancier de cette faculté et en vertu d'une convention de mariage.

104. Ajoutons que l'on peut s'étonner à bon droit que la faculté de prélèvement du fonds de commerce ait soulevé tant de critiques, alors que, dans la pratique, existent des conventions analogues, qui, jamais, n'ont prêté matière à difficulté.

(1) Baudry et Barde. Obligations, I, n° 270.

(2) Larombière, I, p. 233. — Laurent, XVI, n° 104. — Req. 22 Février 1831, S. 31. 1. 107. — Agen, 12 Mai 1848, S. 48. 2. 301, D. 48. 2. 188. — Req. 16 Juillet 1849, S. 50. 1. 380, D. 49. 1. 304, avec observation qu'il ne faudrait pas étendre cette solution au cas où le gain de survie porterait sur l'universalité ou une quote-part de l'universalité des biens, ayant le caractère d'institution contractuelle (Baudry et Barde, n° 270 et note 3).

C'est ainsi que dans les régimes exclusifs de communauté et notamment sous le régime de la séparation de biens, on retrouve dans les contrats une clause autorisant l'époux survivant à garder la totalité du mobilier. Voilà bien l'attribution d'un propre de l'époux prédécédé à l'époux survivant et, cependant, jamais la validité de cette clause n'a été contestée (1).

105. Concluons donc que la faculté de prélever le fonds propre, attribuée à l'époux survivant, doit être déclarée valable comme constituant une convention de mariage. Il suit de là qu'elle ne saurait être, à l'égard des enfants nés de ce mariage, considérée comme constituant une libéralité.

§ IV. — Ce n'est pas un acte à titre onéreux

106. M. Capitant l'admet lorsque le droit de conserver le fonds de commerce propre est cédé gratuitement. C'est alors, d'après lui, une institution contractuelle. Il l'admet également lorsque certains éléments sont cédés à titre gratuit et d'autres à prix d'estimation.

Mais il soutient qu'il en est différemment lorsque la faculté de prélever le fonds propre est soumise à l'obligation de payer la valeur estimative : « Du moment, dit-il, que, dans un contrat,

(1) Ci-après copie de cette clause, prise dans un formulaire de notariat; elle se retrouve dans de nombreux contrats de mariage : « Tous les meubles
« meublants, ustensiles de ménage et autres objets mobiliers, qui garniront, au
« jour du décès du premier mourant les lieux occupés en commun par les futurs
« époux seront réputés appartenir et appartiendront au survivant des époux, à
« la charge de tenir compte aux héritiers du prémourant, d'après la prisée de
« l'inventaire qui sera fait lors du décès de ce dernier, de la valeur des effets
« mobiliers qui seraient justifiés lui appartenir par factures de marchands
« ou autres titres.....

« Le survivant aura la faculté de conserver, pour son compte, le bail
« des lieux qui seront occupés par les époux au jour du décès du premier mourant
« à la charge d'en payer les loyers et d'en exécuter les conditions, de manière
« que les héritiers du prémourant ne soient pas inquiétés et à la condition de
« leur faire connaître son option dans les trois mois du décès ».

l'acquéreur donne l'équivalent de ce qu'il reçoit, il ne peut pas y avoir donation. L'opération est nécessairement une acquisition à titre onéreux (1).

Quoiqu'il revête la forme d'un syllogisme, ce raisonnement ne nous paraît pas exact et nous ne saurions admettre que la faculté de prélever le fonds, même avec l'obligation de payer la valeur estimative, constitue un acte à titre onéreux.

Et ce qui fait pressentir immédiatement l'erreur de l'opinion que nous combattons, c'est que, malgré la nécessité de payer la valeur vénale, les parties contractantes ont toujours estimé qu'il y avait, pour l'époux survivant, avantage et avantage important à pouvoir prélever le fonds de commerce propre à l'époux prédécédé.

Et, en effet, l'avantage de posséder un bien ne se mesure pas à sa seule valeur vénale et entre des biens de valeur vénale égale, il peut y avoir grand avantage à posséder l'un plutôt que l'autre. La loi elle-même nous en fournit divers exemples. Que la femme exerce ses reprises sur les meubles ou sur les immeubles, elle ne touche toujours que le montant de sa créance. Et cependant, l'article 1471 lui crée un avantage lorsqu'il l'autorise à prélever ce qui lui est dû d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, subsidiairement sur les immeubles, et lorsqu'enfin elle lui laisse le choix des immeubles destinés à couvrir ses reprises.

C'est un *bénéfice spécial*, disent MM. Aubry, Rau et Bartin (2).

Lorsque, dans une succession, se trouvent deux créances de même somme, l'une rapportant 5 % d'intérêt et l'autre 8 %

(1) Op. cit. n° 36.

(2) 5^e Ed., T. VIII, p. 161 et note 25. De même, en matière de paiement et d'imputation de paiement, les règles des articles 1253-1254 sont basées sur l'idée qu'entre deux dettes qui peuvent être d'un chiffre égal, il peut y avoir intérêt à acquitter l'une plutôt que l'autre.

et également garanties, elles forment deux éléments équivalents dans le partage et, cependant, l'attribution de la seconde est plus avantageuse que l'attribution de la première.

Et pareillement, lorsque, dans une succession, se trouvent d'une part une maison de rapport d'une valeur de 200.000 francs et d'autre part un fonds de commerce estimé à une valeur égale, mais laissant annuellement 50.000 francs de bénéfices, il est incontestable que, si l'époux survivant a les aptitudes nécessaires pour gérer ce fonds, il a un intérêt manifeste à le posséder et cette possession constitue un avantage.

Et enfin, l'on voit, chaque jour, dans les ventes entre particuliers, comme dans les ventes faites par autorité de justice, des immeubles, des fonds de commerce, atteindre des prix qui dépassent considérablement la valeur estimative qui leur a été donnée. Pourquoi l'acheteur a-t-il acquis au-dessus de la valeur vénale ? On répondra dans le langage courant qu'il avait, soit un intérêt de convenance, soit un intérêt d'affection, ou (ce qui a été fréquent en ces dernières années) qu'il a voulu employer son argent en valeurs réelles. Ce qui est certain, c'est qu'il a estimé trouver un avantage en dehors de la valeur vénale.

Economiquement et juridiquement, il n'est donc pas exact de dire que l'obligation de payer la valeur estimative démontre, *ipso facto*, qu'un contrat ne peut renfermer aucun avantage. Les faits eux-mêmes établissent l'inanité de cette assertion.

107. Et c'est surtout lorsqu'il s'agit du prélèvement d'un fonds de commerce qu'apparaît nettement que, même en payant la valeur estimative, l'époux survivant, déjà habitué à l'exploitation et à même de la continuer, bénéficie d'un avantage important.

Il acquiert, moyennant la valeur estimative, ce qui le met à l'abri des surprises des enchères. Il continue immédiatement la gestion, sans subir la période d'indivision toujours fâcheuse.

pour la bonne marche d'une affaire. Enfin et surtout, il conserve l'instrument du travail qui l'a fait vivre et qui fait vivre sa famille et qui est pour lui préférable à tous établissements similaires, puisqu'il en connaît la clientèle, les ressources, la direction. Il conserve le fonds qui, plus que tous autres éléments de fortune, est productif de larges revenus et il apprécie d'autant plus cette possession que, s'il en était dépouillé par un effet du partage ou de la licitation, il ne pourrait habituellement se rétablir dans la même localité. L'avantage est donc pour lui incontestable.

108. Aux raisons que nous venons de donner, M. Nast a ajouté d'autres considérations. Avant de les noter, il importe de remarquer qu'il voit dans la clause commerciale relative à un fonds propre non une convention de mariage mais une institution contractuelle, irrévocable à la différence d'un legs, mais portant comme lui sur des biens à venir.

« La donation d'un bien à venir, dit M. Nast (1), n'est pas autre chose qu'un legs particulier irrévocable. Son but et sa nature sont les mêmes, avec cette différence qu'elle ne peut être révoquée, du moins par l'effet d'actes à titre gratuit. Or, je ne crois pas qu'on puisse annuler un legs à titre particulier fait moyennant cette charge : que le légataire versera à la succession le prix du bien légué. L'avantage que retire le légataire est de pouvoir exiger des héritiers la remise en nature des biens légués ; si le légataire, à condition de payer le prix, demande l'exécution du legs, les héritiers ne peuvent la refuser. Pourquoi ce qui est permis par testament et à titre révocable, ne le serait-il pas par donation de biens à venir et à titre irrévocable ? Qu'il y ait legs ou donation de biens à venir, l'intention du prémourant est la même, avec cette seule différence que, dans le second cas,

(1) *Revue Critique de Législation*, 1924, p. 538.

sa volonté est irrévocable, et les deux procédés juridiques qui lui sont ouverts pour réaliser son intention sont de même nature. »

Répondant à ce raisonnement, M. Capitant ne met pas en doute qu'un testateur puisse, par son testament, imposer à ses héritiers de vendre, moyennant un prix déterminé, l'un de ses biens à un tiers, si celui-ci désire acheter. Mais, d'après lui, cette disposition, dont la validité est certaine, ne constituerait pas un legs. Car « celui qui devient acquéreur, moyennant le paiement d'un prix, ne peut pas être un donataire ou un légataire » (1). Nous répondrons qu'il est si bien un légataire que c'est en vertu de son droit au legs qu'il demandera et obtiendra la délivrance de la propriété léguée à charge d'en payer la valeur. A quel titre, si ce n'est en vertu du legs, le bénéficiaire pourrait-il exiger que le bien légué lui soit livré ?

Supprimer l'idée du legs, c'est supprimer l'action en délivrance et, à défaut de cette action, on ne voit pas comment le bénéficiaire pourra obtenir la disposition de la chose léguée.

Comme l'a fait très justement remarquer M. Nast, l'objet du legs en pareil cas, c'est de pouvoir exiger la remise en nature des biens légués.

109. Et vainement dira-t-on que cette action n'a pas de valeur vénale ! Combien de choses peuvent être données ou léguées et qui n'ont pas de valeur vénale et qui ne constituent que des avantages personnels ou même des valeurs de souvenir ou d'affection. Tels sont les legs ou donations de papiers de famille, de décorations, d'un titre nobiliaire, de tableaux de famille n'ayant pas le caractère d'œuvres d'art, d'un caveau de famille (2). Tels sont même les legs faits par un créancier à son débiteur d'un délai de paiement et par un débiteur à son créancier

(1) Loc. cit. n° 37.

(2) Dans une certaine opinion.

du droit de prélever la créance sur une somme liquide, etc. Il serait facile de multiplier ces exemples.

Concluons donc que la distinction que fait M. Capitant entre l'hypothèse où le fonds de commerce est prélevé gratuitement en tout ou en partie, et celle où il est prélevé à prix d'estimation, n'est pas justifiée. Dans les deux cas, il y a avantage et, si l'importance de l'avantage est plus grande dans la première hypothèse que dans la seconde, il y a toujours un élément gratuit. Et, dès lors, se trouve inexacte, à ce point de vue encore, la thèse admise par les deux décisions de Rouen.

Cette thèse analyse inexactement la cause juridique de la clause commerciale portant sur un fonds propre, lorsqu'elle y voit une promesse de vente subordonnée à la vie de l'acheteur. Cette proposition est manifestement contraire à l'intention des parties. Celles-ci n'ont fait ni voulu faire un acte à titre onéreux. Elles ont fait une convention de mariage (1).

110. Il importe de remarquer, en terminant, que la thèse soutenue par M. Capitant, si elle était définitivement consacrée par la jurisprudence, aboutirait à une singulière conséquence. Pour échapper à la nullité qui, d'après lui, devrait être prononcée au cas où le fonds devrait être estimé dans tous ses éléments, les parties ne manqueraient pas de stipuler que les éléments incorporels, ou certains d'entre eux, seraient transmis gratuitement. Et alors, les héritiers non réservataires se trouveraient privés d'une valeur qui leur revient d'après la rédaction habituelle de la clause. Serait-ce un progrès dans l'adaptation du droit aux besoins actuels ?

(1) Nous donnons ici les dates du jugement du Tribunal de Clermont-Ferrand (17 Mars 1922) et de l'arrêt de la Cour de Riom (14 Mai 1923), qui n'ont pas été publiés dans les recueils. L'arrêt confirme simplement le jugement. Ce dernier, rendu à une époque où, seule était connue la décision du Tribunal de Rouen, s'appuie sur les motifs donnés par le Répertoire Général Pratique du Notariat, 15 Juillt 1921, n° 19.795.

CHAPITRE X

Les Droits des Réservataires en cas de Clause Commerciale

A) ACTION EN REDUCTION

§ I. — Fonds Commun

111. Nous avons déjà dit, en parlant de la clause commerciale portant sur un fonds de communauté, qu'elle ne constituait pas une donation mais une convention de mariage et que, dès lors, quelque avantage qu'elle puisse procurer au bénéficiaire, elle ne pouvait être critiquée par les enfants nés du mariage. Sur ce point, jurisprudence et doctrine sont d'accord.

Mais les arrêts, qui valident le droit, pour l'époux survivant, de prélever le fonds commun, prennent soin d'ajouter « sous réserve du droit des enfants *nés d'un précédent mariage* » (1)

En cela, ces arrêts ne font qu'appliquer le § 3 de l'art. 1527, c. civ., qui, après avoir permis, dans les contrats de mariage, toutes stipulations non contraires à l'ordre public, ajoute cependant : « Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants nés d'un précédent mariage, toute convention, qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion. »

(1) Cass., 16 Décembre 1925, D. 1927. I. 5 et note Capitant.

Or, aux termes de l'article 1098, l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractent un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.

Il est donc incontestable que si le prédécédé avait donné au survivant le droit de prélever gratuitement le fonds commun, soit dans son entier, soit dans certains de ses éléments, les enfants du premier lit pourraient demander la réduction de cette libéralité, en tant qu'elle excéderait le disponible de l'article 1098, c. civ.

§ II. — Fonds Propre

112. Les mêmes solutions doivent être admises, s'il s'agit d'un fonds propre, puisqu'il est attribué à l'époux survivant en vertu d'une convention de mariage.

Si on considérait que l'attribution résulte d'une institution contractuelle, l'action en réduction serait ouverte, non seulement aux enfants du second lit, si le disponible de l'article 1098 était dépassé, mais aussi aux enfants du premier lit, en cas d'atteinte au disponible de l'article 1094, § 2. La réduction pourrait également être demandée par les ascendants, s'ils ne retrouvaient pas dans la succession leur part réservataire.

B) ACTION EN NULLITÉ

113. Lorsque le prélèvement a lieu à charge de payer la valeur estimative, les enfants pourraient-ils demander la nullité de la clause commerciale, comme portant atteinte à leur droit d'obtenir en nature leur part réservataire ?

La réserve est un droit de succession *ab intestat*, disent MM. Aubry, Rau et Martin et, dès lors, les règles relatives aux successions s'appliquent également à la réserve. « Il en résulte, ajoutent les mêmes auteurs, que l'héritier à réserve, qui est en concours avec un légataire universel, est en droit de demander le partage, conformément aux articles 826 et 832, sans être tenu de se contenter de la valeur de la quotité de biens réservée en sa faveur » (1).

A la note 2, ils ajoutent encore : « Il ne faut d'ailleurs pas conclure de ce principe que l'héritier à réserve puisse réclamer sa part en nature dans les biens dont le défunt, sans excéder la quotité disponible, aurait disposé, soit par des donations entre vifs ou par des legs particuliers, soit même par un legs à titre universel des immeubles ou du mobilier. »

Ces citations, en précisant les principes, permettent de situer exactement le débat.

Il est incontestable que si le fonds de commerce, prélevé moyennant valeur estimative, n'excède pas la quotité disponible, aucune critique ne peut être élevée.

114. Mais supposons que la quotité disponible soit dépassée. Un défunt, par exemple, laisse deux enfants et une fortune de 300.000 francs. Il a légué à son conjoint la quotité disponible la plus étendue entre époux et, de plus, il lui a légué le droit de prélever, à charge d'en payer l'estimation, un fonds de commerce propre. C'est donc sur les biens réservés que va être prélevé le fonds de commerce et si les réservataires en reçoivent l'estimation, ils sont privés, jusqu'à concurrence de cette estimation, de leur droit de recevoir en nature des biens héréditaires.

(1) T. X, § 679.

Passons à une seconde hypothèse : le défunt a laissé deux enfants et une fortune de 300.000 francs. Il n'a fait, au profit du conjoint survivant qu'une seule disposition. Il lui a donné le droit de prélever un fonds de commerce propre, à charge de payer la valeur estimative, et cette valeur a été fixée à 200.000 francs. Sans doute il verse cette somme à la succession, dont l'importance n'est pas diminuée, mais, alors que chaque enfant avait droit à 100.000 francs en biens héréditaires, il recevra seulement 50.000 francs en biens de cette nature et 50.000 francs en valeur estimative du fonds.

M. Capitant examine successivement ces deux hypothèses (1). Il estime que, dans la première, les réservataires auront le droit de demander la nullité de la clause commerciale, comme portant atteinte à leur réserve, en ce qu'elle substitue au fonds de commerce une créance contre le survivant. A l'appui de son opinion, il cite un arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 7 Juin 1906 (2), qui a annulé une clause par laquelle un testateur, après avoir légué la quotité disponible à son conjoint, lui avait, en outre, donné le droit de racheter, à titre d'experts, les biens héréditaires composant la réserve des héritiers.

Dans la seconde hypothèse, M. Capitant estime au contraire, que la disposition peut être validée. Sans doute, les enfants n'ont pas en nature la totalité de leur réserve, mais, d'autre part, l'époux survivant a le droit de retenir le fonds de commerce jusqu'à concurrence du disponible. Que décider, en

(1) Op. cit., nos 28 et 29, mais il ne les envisage que pour les enfants nés du second lit et pour le cas où la clause commerciale porte sur un fonds dépendant de la communauté. Il est évident que, pour lui, la question ne se posait pas, lorsqu'il s'agit d'un fonds propre à prélever moyennant sa valeur estimative, puisqu'il considère qu'il y a là un pacte sur succession future, dès lors nul. Mais lorsque le fonds propre est cédé à titre gratuit, en totalité ou en partie, il admet, comme nous l'avons vu, qu'il y a institution contractuelle et dès lors, dans ce cas et dans son propre système, la question que nous envisageons se posait soit au regard des enfants d'un premier lit, soit au regard des enfants nés au cours du mariage.

(2) Pasirisie 1906. I. 293.

pareille occurrence, alors que le fonds de commerce forme un tout indivisible et qu'il n'est pas possible d'en attribuer une partie à l'époux survivant et une partie aux réservataires ? Leurs droits sont inconciliables. Si le prélèvement ne s'opérait pas, il faudrait liciter, et les réservataires, à moins qu'ils n'achètent conjointement, ne recevraient qu'une somme d'argent. Il convient, dès lors, de préférer l'intérêt du conjoint survivant à l'intérêt des réservataires, qui subissent, d'ailleurs, un préjudice léger, en recevant une créance contre le conjoint, au lieu d'une part indivise.

115. Nous ne pouvons partager cette manière de voir et nous estimons que, dans les deux hypothèses, l'action en nullité devrait être écartée.

Remarquons d'abord que la distinction faite par le savant auteur est artificielle et, qu'en réalité, les deux espèces se confondent. Sans doute, dans la première, l'époux prédécédé a fait deux libéralités. Il a légué au survivant la quotité disponible et le droit de prélever le fonds propre. Mais ce droit de prélever le fonds propre se trouve pour partie dans la quotité disponible et n'affecte la réserve que pour la partie restante. Pour qu'il en fut autrement, il faudrait que l'instituant eut spécialement déclaré que, dans la quotité disponible, n'entrerait pas le fonds propre et que la valeur estimative de ce fonds serait exclusivement employée à constituer la réserve. C'est une hypothèse qui, sans doute, ne se produira jamais.

Si donc le droit de prélever le fonds propre se trouve, pour partie, dans la quotité disponible, nous retompons dans une situation semblable à celle de la seconde hypothèse, pour laquelle M. Capitant lui-même exclut l'action en nullité.

116. D'autre part, si la nullité était prononcée dans la première hypothèse parce que les réservataires ne recevraient pas leur part en nature, l'action que leur reconnaît à cet effet

M. Capitant ne leur assurerait pas cette part. Les éléments d'un fonds de commerce, — il le constate lui-même, — sont indivisibles. Or, ce fonds de commerce ne pouvant être partagé en nature, il faudra bien le liciter et, soit que l'époux survivant, soit qu'un étranger, soit même que l'un des réservataires se rende adjudicataire, les autres réservataires n'auront qu'une somme représentative du prix; ils n'auront point leur part en nature.

117. Enfin, la règle d'après laquelle les réservataires doivent recevoir leur part en nature et ne pourraient être alloties en une somme d'argent représentant cette part, ne saurait être formulée d'une manière absolue. Elle est tempérée par l'article 832 lui-même, qui recommande d'éviter, autant que possible, de morceler les héritages et ordonne, mais seulement « *s'il se peut* », de faire entrer dans chaque lot la même quantité de biens de même nature.

Ainsi, quoiqu'il soit soumis à l'application de l'article 832, l'ascendant qui fait un partage testamentaire, est dispensé de suivre cette règle, lorsque son application présenterait des inconvénients, notamment à raison de ce que l'un des biens partagés ne serait pas commodément partageable. « Dans cette hypothèse, disent MM. Aubry, Rau et Bartin (1), l'ascendant est autorisé à composer les lots d'objets de nature diverse, en faisant entrer les immeubles dans les uns et les meubles dans les autres, et même à attribuer à quelques-uns de ses descendants la totalité des objets compris au partage, en lotissant les uns au moyen de soultes ou retours en argent ».

D'autre part, il importe de rappeler que l'action en réduction elle-même, n'aboutit pas nécessairement à faire attribuer en nature la part du réservataire. Cette part peut lui être attribuée en

(1) 5^e Ed., § 732.

argent, lorsqu'il est constaté en même temps que les biens ne sont pas commodément partageables. (1).

Ce n'est donc pas violer l'article 882 que d'attribuer à un réservataire la valeur estimative du fonds de commerce, alors que ce fonds est impartageable en nature. A moins de circonstances exceptionnelles qu'il est difficile de prévoir, cette attribution ne saurait donner ouverture à une action en nullité de la clause commerciale.

(1) Req. 7 Novembre 1906, D. 1908. 1. 309.

CHAPITRE XI

De l'Exercice du Droit de Prélèvement

118. Le contrat de mariage règle habituellement le délai dans lequel l'époux survivant devra exercer le droit de prélèvement. Habituellement aussi, il ajoute que s'il n'a pas fait connaître son intention dans le délai imparti, il sera réputé avoir opté pour la conservation du fonds. On présume ainsi la solution qui paraît lui être la plus favorable.

A défaut de convention dans le contrat de mariage, les tribunaux pourraient impartir un délai à l'époux survivant pour faire connaître son option.

119. L'exercice du droit de prélèvement présente une difficulté particulière si le bénéficiaire est incapable.

S'agit-il d'un époux mineur ? Il est nécessairement émancipé (art. 476, c. civ.). Il devra, pour exercer la faculté de prélèvement qui le rend propriétaire d'un fonds de commerce, se conformer aux dispositions de l'article 2, c. com.

S'agit-il d'un interdit ? Il est unanimement admis qu'il ne peut faire le commerce (1). La même solution est généralement admise pour l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (2). Cependant, si l'interdit et le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un

(1) Thaller et Percerou, n° 147, note 1. — Lacour et Bouteron, I, n° 89. — Wahl, n° 165.

(2) Thaller et Percerou, n° 147, note 2. — Lacour et Bouteron, *loc. cit.* *Contra* : Wahl, *loc. cit.* n° 164.

conseil judiciaire, ne peuvent exercer le commerce, ils ont intérêt à exercer le droit de prélèvement s'ils espèrent, en revendant, réaliser un bénéfice sur le prix tel que l'ont fixé les experts chargés de l'estimation.

« Considérant, dit la Cour de Paris (1), que la faculté conférée à l'époux survivant de conserver, pour son propre compte et aux conditions convenues, l'exploitation du fonds de commerce qui dépendrait de la communauté, constitue un avantage qui n'est soumis à aucune autre condition que celle de survie; que ce droit est indépendant de toute question de capacité ou d'incapacité personnelle et qu'il lui reste acquis, soit qu'il puisse, ou non, exercer le commerce; que, dans l'un et l'autre cas, il en doit recueillir personnellement le bénéfice, l'usage de la faculté stipulée se faisant pour lui et en son nom. »

120. L'option a pour résultat de rendre l'époux survivant propriétaire du fonds de commerce à dater du décès. Nous avons déjà envisagé ces effets, soit qu'il s'agisse d'un fonds commun, soit qu'il s'agisse d'un fonds propre.

121. Si le contrat de mariage prévoit que la reprise sera faite au prix d'estimation, cette estimation peut être faite, soit à dire d'experts, soit sur les bases du dernier inventaire. Il faut suivre, à cet égard, les stipulations du contrat. Elles s'imposent même s'il y a des héritiers mineurs. Ceux-ci ne pourraient donc demander que l'estimation fut faite, conformément aux dispositions des articles 453 et 466, c. civ. (2).

Dés l'instant où il s'agit d'une expertise amiable, les parties ne seraient pas admises à demander soit l'augmentation, soit la réduction, du prix fixé par les experts, pas plus qu'elles ne seraient recevables à provoquer la nullité de l'estimation, sous

(1) 16 Mai 1876, S. 76. 2. 173.

(2) Paris, 9 Juillet 1885, D. 86. 2. 261.

prétexte que les experts n'auraient pas suivi les règles tracées par le code de procédure civile en matière d'expertise ou d'arbitrage (1).

Elles seraient cependant fondées à demander la nullité s'il y avait fraude, ou une rectification, s'il y avait erreur matérielle (2). La revente à un prix supérieur à l'estimation ne constituerait point à elle seule une preuve de la fraude (3).

122. Le droit au bail des locaux où s'exploite le commerce est transmis à l'époux survivant, en même temps que le fonds lui-même dont il constitue un des éléments.

Le contrat de mariage porte, ordinairement, que si le fonds est exploité dans un immeuble de communauté ou dans un immeuble propre au prédécédé, bail devra être consenti au survivant.

123. Le contrat règle aussi le mode de paiement du prix, quand le fonds de commerce est prélevé moyennant estimation. Ce prix s'impute sur les droits du survivant et produit intérêt à dater du décès (art. 1468 et 1473, c. civ.).

Le prix, même s'il est payable à terme, peut devenir immédiatement exigible, soit dans les cas prévus par le contrat, soit dans les cas prévus par la loi du 17 Mars 1909.

(1) Aubry, Rau et Bartin, 5^e éd., § 349. 1.

(2) Aubry, Rau et Bartin, loc. cit.

(3) Versailles, 19 Décembre 1912, Gaz. Pal. 1913. 1. 399. — Seine, 14 Mai 1906, S. 1909. 2. 262. — Paris, 11 Décembre 1924, D. H. 1925. 31.

Table des Matières

	<i>Pages</i>
AVANT-PROPOS	5
Chapitre Premier. — DE LA PROPRIÉTÉ ET DE LA JOUISSANCE DU FONDS DE COMMERCE.....	9
§ I. Sous les divers régimes matrimoniaux.....	9
§ II. De l'acquisition du fonds de commerce en remploi de deniers propres.....	20
§ III. Le fonds de commerce sous le régime de la loi de 1907.....	21
Chapitre II. — DE LA GESTION DU FONDS DE COMMERCE	29
I. <i>Le mari commerçant</i>	29
II. <i>La femme commerçante</i>	31
§ I. Aptitude au commerce.....	31
§ II. De la capacité de la femme commerçante..	33
§ III. Passif de la femme commerçante.....	36
Chapitre III. — LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX.....	43
Chapitre IV. — DE LA GESTION DU FONDS DE COMMERCE PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE OU EN SÉPARATION DE CORPS.....	47
Chapitre V. — LIQUIDATION ET PARTAGE APRÈS DISSOLUTION DU MARIAGE.....	51
§ I. Du fonds propre à l'un des époux.....	51
§ II. Du fonds de commerce commun.....	52
Chapitre VI. — DE LA GESTION DU FONDS DE COMMERCE PENDANT L'INDIVISION.....	57
§ I. Gestion de l'un des indivisaires.....	57
§ II. Gestion de l'époux ayant la jouissance légale.	61

	<i>Pages</i>
Chapitre VII. — DE LA CLAUSE COMMERCIALE....	65
Chapitre VIII. — LA CLAUSE COMMERCIALE PORTE SUR UN FONDS DE COMMERCE COMMUN.....	71
§ I. Notions générales.....	71
§ II. Caractère juridique de la clause.....	73
§ III. Effets de la clause commerciale.....	76
Chapitre IX. — NATURE JURIDIQUE ET EFFETS DE LA CLAUSE COMMERCIALE PORTANT SUR UN FONDS PROPRE.....	83
§ I. Exposé de la thèse de M. Capitant.....	85
§ II. L'intention des parties.....	86
§ III. La faculté de prélever un fonds propre est une convention de mariage.....	89
§ IV. Ce n'est pas un acte à titre onéreux.....	92
Chapitre X. — LES DROITS DES RÉSERVATAIRES EN CAS DE CLAUSE COMMERCIALE.....	99
A) <i>Action en réduction</i>	99
§ I. Fonds commun.....	99
§ II. Fonds propre.....	100
B) <i>Action en nullité</i>	100
Chapitre XI. — DE L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉLÈVEMENT	107

LU ET APPROUVÉ : *Le Président,*
BARTIN.

VU : *Le Doyen,*
BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

Gournay-en-Bray. — Imp. A. Letresor
